Über Notwehr gegen schuldlos handelnde Menschen und gegen Tiere.

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Philipps-Universität zu
Marburg an der Lahn

vorgelegt von

Karl Münch
Gerichtsreferendar aus Geisenheim a. Rhein.

Marburg 1934

Über Notwehr gegen schuldlos handelnde Menschen und gegen Tiere.

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät der Philipps-Universität zu
Marburg an der Lahn

vorgelegt von

Karl Münch
Gerichtsreferendar aus Geisenheim a. Rhein.

Marburg 1934

Gedruckt in der Buchdruckerei Arthur Jander in Geisenheim a. Rhein.

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 1. Dezember 1934.
Berichterstatter Prof. Dr. Erich Jung.

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Schrifttum.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. 3. Bd. 1909.

Barth, Notwehr gegen erkennbar schuldlos handelnde Menschen. Diss. Köln. 1933.

Baumgarten, Notstand und Notwehr. 1911.

Binding, Handbuch des Strafrechts. 1. Bd. 1898.

Binding, Strafrechtliche Abhandlungen. 1. Bd. 1915.

Binding, Grundriß des Strafrechts. Allg. Teil, 8. Aufl. 1913.

v. Buri, Notstand und Notwehr in Ger. S., Bd. 30 S. 434ff

van Calker, Strafrecht. 4. Aufl. 1933.

Coenders, Zur Lehre v. Notrecht. JW 1925, S. 891ff.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. 1. Bd., 7. Aufl. 1922.

Crome, System des Bürgerl. Rechts. 1. Bd. 1900.

Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. Allg. Teil, 13. Bearb. 1931.

Finger, Lehrbuch des Strafrechts. 1. Bd. 1904.

Fischer, Die Rechtswidrigkeit, mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. 1911.

Frank, Komm. z. STGB. 15. Aufl. 1924.

Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht. 1. Aufl. 1922.
2. Aufl. 1932.

Geyer, Strafrecht in der Encyklopädie d. Rechtswissenschaft v. Holtzendorff. 3. Aufl. 1877.

Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. 1905.

Graf zu Dohna, Die legislative Behandlung von Notstand und Notwehr; in Zeitschr. f. Ges. Strafrechtswissensch. Bd. 33, S. 125ff.

Großmann, Das Prinzip der Selbstverteidigung im Deutschen BGB. Diss. Berlin 1903.

v. Hippel, Deutsches Strafrecht. 2. Band. Das Verbrechen. Allgemeine Lehren 1930.

v. Hippel, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen. Zeitschrift f. Ges. Strafrechtswissenschaft. Bd. 42, S. 404ff.

Hölder, Kommentar z. Allg. Teil d. BGB 1900

Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit.
1. Bd. Der Begriff der Rechtswidrigkeit. 1903.
2. Bd. 1. Abt. Notstand und Notwehr 1905.

Jesse, Die Tragweite der Notwehr. Diss. Leipzig 1928.

Kitzinger, Zur Lehre v. d. Rechtswidrigkeit im Strafrecht. Ger. S. Bd. 55, S. 1ff.

Kohler, Lehrbuch d. Bürgerl. Rechts 1. Bd. Allg. Teil 1906

Kuhlenbeck, Das BGB Handkommentar. 1. Bd. 2. Aufl.

Lehmann, Allg. Teil d. BGB. 3. Aufl. 1928.

Leipziger Kommentar z. Strafgesetzbuch. 4. Aufl. 1929.

v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 25. Aufl. 1927.

v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB. 1898.

v. Liszt, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. 1899.

Löffler, Unrecht und Notwehr. Zeitschr. f. Ges. Strafr. Wiss Bd. 21, S. 537ff.

Mayer, M. E., Lehrbuch des Strafrechts. Allg. Teil. 1. Buch: Das Strafgesetz. 2. Aufl. 1915.

Meißner, Der allg. Teil des BGB. Komm. 1898

Merkel, Ad., Kriminalistische Abhandlungen. 1867.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch d. Deutschen Strafr. 7. Aufl. 1912.

Mezger, Strafrecht. 2. Aufl. 1933.

Oetker, Über Notwehr und Notstand nach d. §§ 227, 228, 904 d. BGB. 1903.

Oertmann, Kommentar z. BGB. Allg. Teil. 3. Aufl. 1927.

Ogorek, Die Begrenzung der Notwehr und des Notstandes. Diss. Greifswald, 1904.

v. Olshausen, Kommentar z. StGB. 1. Bd. 11. Aufl. 1927.

Planck's Komm. z. BGB. 1. Bd. Allg. Teil. 4. Aufl. 1913.

Reichsgerichtsräte-Kommentar. 1. Band. 8. Aufl. 1934.

Schleifenbaum, Begriff und Bedeutung des gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs in § 227 BGB. In Strafr. Abhandlungen H. 54. 1904.

Schollmeyer, Das Recht der Notwehr nach dem BGB. Würzburger Festrede. 1899

Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.

Thon, Der Normenadressat. in Jh. Jahrb. Bd. 50 S. 1ff.

Titze, Die Notstandsrechte im deutschen Bürgerl. Gesetzbuch. 1897.

Tobler, Die Grenzgebiete zwischen Notstand und Notwehr. Diss. Zürich. 1894.

v. Tuhr, Der allgemeine Teil des Bürgerl. Rechtes. 2. Bd. 2. Hälfte, 1918.

v. Tuhr, Der Notstand im Zivilrecht. 1888.

Vigelius, Über Notwehr gegen Tiere. Diss. Freiburg. 1899.

Wachenfeld, Lehrbuch d. dtsch. Strafrechts. 1914.

Warneyer, Kommentar z. BGB. 1. Bd. 2. Aufl. 1930.

Weimar, Die Grenzen der Notwehr. Diss. Köln 1928.

Über Notwehr gegen schuldlos handelnde Menschen und gegen Tiere.

§ 1. Einleitung.

Die Streitfragen, mit denen wir uns hier zu befassen haben, sind keine spezifisch zivil- oder strafrechtlichen. Wir begegnen ihnen auf beiden Rechtsgebieten, und bei der Kernfrage, nach dem Wesen der Rechtswidrigkeit, handelt es sich schließlich um ein Problem der allgemeinen Rechtslehre.

§ 53 II StGB und § 227 II BGB bezeichnen übereinstimmend als Notwehr „diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden." Eine solche durch Notwehr gebotene Handlung ist gemäß § 53,I StGB nicht strafbar, gemäß § 227,I BGB nicht rechtswidrig. Das bedeutet einerseits: derjenige, welcher den Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllt hat, kann dann nicht bestraft werden, wenn die Tat in Notwehr begangen wurde; und andererseits: wer in Notwehr Rechtsgüter eines anderen verletzt hat, ist ihm dann nicht zum Schadensersatz verpflichtet, wenn Voraussetzung der Ersatzpflicht die Rechtswidrigkeit der Handlung ist, was nach dem BGB die Regel ist. Wann nun eine solche, einerseits die Strafe und andererseits die Ersatzpflicht ausschließende Notwehrlage vorhanden ist, beurteilt sich für beide Rechtsgebiete gleich; denn es gibt für beide Gebiete nur einen Notwehrbegriff. Da es sich bei unserer Untersuchung nur darum handelt, ob bei Angriffen von schuldlos handelnden Menschen und Tieren die Notwehrlage vorhanden ist, so haben wir uns weder auf das Zivilrecht noch auf das Strafrecht zu beschränken, sondern Schrifttum und Rechtsprechung beider Rechtsmaterien gleichmäßig zu berücksichtigen. Wir blicken dabei nicht vom Standpunkt des Strafrichters aus, der entscheiden soll, ob der Strafanspruch des Staates gegeben ist, noch von dem des Zivilrichters, der entscheiden soll, ob der Schadensersatzanspruch des einzelnen Recht suchenden Volksgenossen begründet ist, sondern von dem des Angegriffenen, der sich darüber schlüssig werden soll, ob er im gegebenen Falle Rechtsgüter des An-

greifers verletzen darf, ob er dies schrankenlos oder nur mit Maß tun darf, oder ob er sich den Eingriff in seine Rechtssphäre gefallen lassen muß.

§ 2. Die Streitfragen, ihre Bedeutung und ihre Ursache.

Obwohl nun der Begriff der Notwehr in den genannten Gesetzesparagraphen sehr deutlich und klar bestimmt ist, ist die Behandlung im einzelnen von Anfang an sehr umstritten gewesen und bis auf den heutigen Tag geblieben; und gerade bezüglich der Behandlung der Angriffe von schuldlos handelnden Menschen und von Tieren ist man in der Wissenschaft und Praxis noch zu keiner einheitlichen und befriedigenden Lösung gekommen.

Die praktische Bedeutung des Problems mögen folgende Beispiele erhellen:

a) Ich sehe, wie der 7jährige A in meinem Garten Obst entwendet. Infolge eines Fußleidens kann ich nicht hineilen, um ihn zu vertreiben. Da er mein Leiden kennt, lacht er meiner Drohung. Andere Menschen, die ich zur Hilfe rufen könnte, sind nicht zugegen. Darf ich nun meine Flinte nehmen und auf A schießen?

b) Man nehme denselben Fall und setze anstelle des 7jährigen A den Geisteskranken B.

Reichsgericht[1]) und herrschende Lehre[2]) geben in beiden Fällen dem Angegriffenen das Recht, erforderlichenfalls den Angreifer zu töten. „Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen!" Es ist ganz offensichtlich, daß ein solches Ergebnis auch nicht mit den geringsten Anforderungen von Recht und Gerechtigkeit zu vereinbaren ist. In beiden Fällen widerspricht es dem Rechtsempfinden des Volkes, im ersten Fall handelt es sich außerdem um die direkte Billigung einer volksschädlichen Handlung, denn es wird doch wohl niemand im Ernste behaupten, daß ein Kind, weil es Äpfel entwendet, nicht einmal ein wertvolles Glied der Volksgemeinschaft werden könne.

c) Der C glaubt sich irrtümlicherweise von mir angegriffen. Ich erkenne das. Es wäre mir ein Leichtes, seinem vermeintlichen Gegenangriff auszuweichen. Darf ich ihn niederstoßen? Auch hier entspricht die Bejahung der Frage der herrschenden Lehre, und wiederum ist das Ergebnis unbillig, selbst wenn der Irrtum des Angreifers auf Fahrlässigkeit beruhte.

---

[1]) RGSt 27, 45ff.

[2]) Zitate folgen bei Besprechung der Lehre.

d) Der sinnlos betrunkene D greift mich an. Muß ich dem Angriff ausweichen? Darf ich, wenn er mir an Kräften überlegen ist, ihn erforderlichenfalls töten? Nach herrschender Lehre und der Praxis des Reichsgerichts darf ich das. Hier werden die Ansichten über die Billigkeit des Ergebnisses auseinandergehen. Es wird einem ordentlichen und standhaften Menschen schwer fallen, sich einfach von einem Betrunkenen verdrängen zu lassen. Wenn dieser sich betrinkt, dann soll er die Folgen auch tragen. Wie aber, wenn die Trunkenheit unverschuldet war, wenn z. B. ihm ein Dritter stark berauschende Mittel in sein Getränk geschüttet hat?

e) Im Fieberwahn fällt mich der bedeutende Gelehrte oder Staatsmann E an. Darf ich ihn niederschießen? Auch diese Frage müßte nach herrschender Lehre bejaht werden.

Wenn wir die angeführten Beispiele daraufhin untersuchen, warum uns die Zulassung der Notwehr als unbillig erscheint, so finden wir, daß das auf zwei Merkmalen des gesetzlichen Notwehrbegriffs beruht:

1) **jedes Rechtsgut ist wehrfähig;**

2) eine bestimmte Verhältnismäßigkeit zwischen bedrohtem und verletztem Rechtsgut ist nicht erforderlich. Das Maß der Verteidigung richtet sich lediglich nach der Heftigkeit des Angriffs. Es ist dies wenigstens die Auslegung, die die weitaus herrschende Lehre dem Merkmal „erforderlich" in § 53 StGB und § 227 BGB gibt,[1]) und diese Ansicht ist auch, wie unten noch zu zeigen sein wird, die richtige.

Es würde unserem Rechtsempfinden nicht widersprechen, wenn die Tötung des Kindes, des Geisteskranken usw. für den Fall zugelassen würde, daß sonst der Angegriffene sein Leben lassen müßte. Ebenso würden wir eine Verletzung des schuldlosen Angreifers verstehen können, wenn nur auf diese Art eine Verletzung des Angegriffenen verhindert werden könnte. Es ist also die maßlose Abwehr, die uns gegenüber dem Angriff des schuldlos handelnden Menschen unbillig erscheint.

Führt so die Zulassung der schrankenlosen Selbstverteidigung gegen schuldlos handelnde Menschen zu zweifellos unbilligen Ergebnissen, so gibt auch ihre Nichtzulassung zu schweren Bedenken Anlaß.

Die Vertreter der herrschenden Lehre weisen mit Recht daraufhin, daß es in vielen Fällen dem Angegriffenen un=

---

[1]) Vgl. z. B. Lehmann, S. 108; Finger, S. 391; von Hippel, S. 211/12; Gerland, S. 149; RGSt 55, 85.

möglich sein wird, festzustellen, ob der Angreifer schuldhaft oder schuldlos handelt. Allein dem wäre noch abzuhelfen. Durfte der Angegriffene im gegebenen Fall den Angriff für einen schuldhaften halten, so finden die Grundsätze über Putativ-Notwehr Anwendung, der Angegriffene ist von Strafe freizusprechen, die Schadensersatzklage ist abzuweisen.

Weit schwerer wiegt das zweite Bedenken. Stellt sich die Verteidigung gegen Angriffe schuldlos handelnder Menschen nicht als Notwehr dar, so ist Nothilfe nur bei Angriffen auf Leben und Gesundheit und nur durch Angehörige des Angegriffenen im Sinne von § 52,II StGB zulässig. Ein solches Ergebnis kann uns keineswegs befriedigen. Eine Möglichkeit, dieser unbilligen Folgerung zu entgehen, ergäbe sich nur dann, wenn eine Gleichstellung der schuldlos handelnden Menschen mit den gefahrdrohenden Sachen im Sinne von § 228 BGB sich nach dem Sinn des Gesetzes rechtfertigen ließe.

Bei der Frage, ob Notwehr gegen Tiere zulässig ist, gehen die Ansichten in der Literatur weit auseinander. Die Mehrzahl der zivilistischen Schriftsteller[1]) verneint die Zulässigkeit im Hinblick auf § 228 BGB, wo die Verteidigung gegen gefahrdrohende Sachen, zu denen auch Tiere gehören, abschließend geregelt sei. Dagegen wird wohl von der Mehrzahl der kriminalistischen Schriftsteller die Zulässigkeit der Notwehr bejaht. Letztere messen dem § 228 BGB für das Strafrecht keine ausschlaggebende Bedeutung bei. Man behauptet, § 228 sei nur für die Frage der Schadensersatzpflicht von Bedeutung, im übrigen könne das BGB auf die Entscheidung der Frage, ob eine Handlung strafbar sei oder nicht, gar keinen Einfluß haben. Praktisch gesehen kommt man zur Zulassung der Notwehr gegen Tiere aber wohl deshalb, weil man es für unbillig hält, daß man einen Menschen, auch wenn sein Angriff sich auf ein noch so geringes Rechtsgut erstreckt, erforderlichenfalls niederschießen darf, während man bei Anwendung des § 228 BGB ein Tier nur dann verletzen dürfte, wenn die Verletzung nicht außer Verhältnis zum drohenden Schaden stände.[2]) Allein das Ergebnis ist nur dann unbillig, wenn der angreifende Mensch schuldlos handelt. Dem böswilligen Rechtsbrecher gegenüber ist eine energische Zurückweisung immer geboten. Er hat sich die Folgen seiner Tat selbst zuzuschreiben. Soll

[1]) Als Ausnahmen sind Cosack, S. 214 u. Kuhlenbeck, § 227,2 zu nennen.
[2]) Vgl. z B. von Olshausen-Niethammer, § 53,6.

es aber rechtens sein, den teuren Rassehund, der mir meinen Sonntagsbraten holt, niederzuschießen?[1])

Es ist daher nicht richtig, von der Zulassung der Notwehr gegen schuldlos handelnde Menschen auf ihre Zulässigkeit auch gegen Tiere zu schließen, sondern umgekehrt: die Versagung des Notwehrrechts gegenüber dem Tierangriff muß auch zu einer Versagung dieses Rechts gegenüber dem Angriff eines schuldlos handelnden Menschen führen; denn die Angriffe beider Kategorien von Lebewesen unterscheiden sich von denen schuldhaft handelnder Menschen dadurch, daß man ihren Subjekten aus ihrem Verhalten keinen Vorwurf machen kann.

Es soll also im folgenden untersucht werden, ob eine Auslegung des gesetzlichen Notwehrbegriffs möglich ist, die zu einer befriedigenden Lösung unseres Problems führt. Wir werden uns dabei streng an das geltende Recht halten; Erörterungen de lege ferenda scheiden aus.

Unter schuldlos handelnden Menschen verstehen wir dabei;

1) Kinder. Ob dabei eine bestimmte Altersgrenze festgelegt werden kann, soll weiter unten untersucht werden. Hier sei nur bemerkt, daß die Grenze, die das BGB für die Deliktsfähigkeit bestimmt hat (§ 828,I BGB), keineswegs in Frage kommen kann.
2) Geisteskranke.
3) Im Zustand der Bewußtlosigkeit Handelnde.
4) Auf Grund eines Irrtums Angreifende, auch wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht.

Der Begriff des rechtswidrigen Angriffs bei der Notwehr.

§ 227 BGB und § 53 STGB verlangen für die Zulassung der Notwehr einen rechtswidrigen Angriff auf irgend ein Rechtsgut eines Menschen. Es erhebt sich also für die vorliegende Untersuchung die Frage: Kann von schuldlosen Menschen und Tieren ein rechtswidriger Angriff ausgehen? Diese Frage ist in der Wissenschaft außerordentlich bestritten, und von ihrer Bejahung oder Verneinung wird fast ausnahmslos die Beantwortung der oben aufgeworfenen Streitfragen abhängig gemacht. Es soll nun im folgenden die Stellungnahme der Wissenschaft und der Praxis dargelegt und kritisch gewürdigt werden und daran anschließend unsere eigene Meinung mitgeteilt und begründet werden.

[1]) Beispiel von Liszts „Deliktsobligationen", S. 87.

§ 3. Der Begriff des Angriffs.

Was unter einem Angriff zu verstehen ist, kann aus den Bestimmungen des Gesetzes nicht entnommen werden. Der Sprachgebrauch des täglichen Lebens wird daher entscheiden müssen.[1]) Dementsprechend ist als Angriff zu bestimmen: das zweckbewußte Verhalten eines lebenden Wesens, das auf eine Beeinträchtigung eines rechtlich geschützten Zustandes abzielt. Wesentlich für den Begriff des Angriffs ist also ein Tun, das auf einem darauf hin gerichteten Willen beruhen muß. So sagt Titze[2]): „Irgend ein aggressives Vorgehen, die sich auf irgend eine Weise kundgebende Tendenz, in der Außenwelt eine Veränderung herbeizuführen, wird man mit der Vorstellung eines Angriffs schlechterdings verbinden müssen[3])". Und Gerland[4]) definiert: „Angriff ist jede auf die unmittelbare Verletzung einer Rechtseinrichtung gerichtete Tätigkeit".

Subjekt des Angriffs kann also nur ein lebendes Wesen sein; aber auch jedes lebende Wesen. Es geht daher einerseits zu weit, auch bei Gefährdung durch leblose Sachen von einem Angriff[5]) zu sprechen, andererseits ist der Begriff zu eng gefaßt, wenn man darunter nur das Verhalten eines Menschen versteht[6]). Der Unterschied zwischen Tieren und leblosen Sachen beruht ja gerade darauf, daß erstere durch eigene Willensentschlüsse zu einem bestimmten Verhalten kommen, daß sie aus eigenem Antrieb rechtlich geschützte Interessen gefährden können, während die leblosen Sachen nur durch den Antrieb seitens lebender Wesen oder von Naturkräften in eine menschliche Güter gefährdende Bewegung kommen können. Man kann im letzteren Falle nur in einem übertragenen, bildlichen Sinne von einem Angriff reden, worauf Großmann[7]) mit Recht hinweist. Großmann selbst, der den natürlichen Begriff des Angriffs ganz richtig bestimmt, kommt dann aber zu einer sogenannten juristischen Angriffsbestimmung. Nach ihm können, wenn man den natürlichen Sprachgebrauch zu Grunde legt, sowohl Menschen, und zwar zurechnungsfähige und unzurechnungsfähige, als auch Tiere angreifen. „Auch das dreijährige Kind, auch der unheilbar Blödsinnige können angreifen,

[1]) So auch Staudinger, § 227a.
[2]) S. 72.
[3]) Wie Titze auch Oertmann, § 227,2a.
[4]) S. 147.
[5]) So Löffler, S. 557 und Tobler, S. 63ff
[6]) So Van Calker, S. 33.
[7]) S. 72.

und die sinnfällige Wirklichkeit des unvernünftigen Angriffs tritt uns in ihrer ganzen, jeden Zweifel ausschließenden Brutalität entgegen, wenn ein wildgewordener Stier, ein entsprungener Tobsüchtiger oder ein von Wahngebilden umfangener Fieberkranker auf uns los geht." Aber dann fährt er fort[1]): „Dies aber gerade ist der Punkt, wo sich der Angriff im natürlichen und der im juristischen Sinne von einander trennen. Der Wille an sich in seiner überwältigenden, Kräfte entfesselnden Energie interessiert nur den die realen Lebensmächte abschätzenden Philosophen, für das Recht dagegen hebt sich regelmäßig nur der klare Wille als eigenartige Erscheinung aus der Fülle der verschiedenartigen denselben wirtschaftlichen Erfolg erzeugenden Vorgänge heraus; denn es gibt keinen inneren Grund, welcher den Willen als solchen für verwerflicher als irgend eine andere Ursache einer Gefährdung bewerten könnte, so lange nur der Wille den Drohungen und Verheißungen des Rechts wegen seiner Blindheit und Unklarheit unzugänglich ist."

Allein Großmann übersieht, daß es sich bei der Feststellung, ob ein Unzurechnungsfähiger oder ein Tier angreifen können, garnicht darum handelt, ein Werturteil über den Angreifenden abzugeben. Die Gründe, die Großmann zur Aufstellung seines gekünstelten Angriffsbegriffs geführt haben, liegen aber auf der Hand. Er will den unbilligen Folgen, die seine Auffassung über das Wesen der Rechtswidrigkeit notwendig nach sich ziehen, ausweichen. Großmann[2]) sieht das Wesen des Unrechts in seinem Widerspruch zur Rechtsordnung. Als im Widerspruch mit der Rechtsordnung stehend werde von ihr eine solche Verletzung eines Rechtsgutes empfunden, die sie einem ihrer Herrschaft unterworfenen Rechtssubjekt zur Last legen könne. Letzteres sei nicht nur dann der Fall, wenn das Rechtssubjekt die Verletzung persönlich verschuldet habe, sondern schon immer dann, wenn die Verletzung ihre Quelle in seinem durch den Schutz der Rechtsordnung auch seinerseits gekräftigten Herrschaftskreise habe. Es braucht hier in diesem Zusammenhange nicht weiter auf die Großmannsche Unrechtslehre eingegangen zu werden. Man kann aus dem bisher Angeführten ersehen, daß aus dieser Lehre mit Notwendigkeit die Berechtigung folgt, Angriffe fremder Tiere als rechtswidrig zu bezeichnen und mithin gegen sie Notwehr zuzulassen. Die schrankenlose Abwehr gegen sie und gegen die Angriffe Unzurechnungsfähiger hält Großmann aber für un-

[1]) S. 74/5. [2]) S. 65.

billig und sucht diesem Ergebnis durch die Aufstellung seines juristischen Angriffsbegriffs zu entgehen.

Uns scheint das nur ein Beweis dafür zu sein, daß der Begriff des Unrechts, so wie Großmann ihn aufstellt, nicht richtig sein kann. Wir werden später darlegen, daß wir auch ohne den Begriff des „Angriffs im juristischen Sinne" zu einem gerechten Ergebnis kommen können und haben deshalb keinen Anlaß, vom natürlichen Sprachgebrauch abzuweichen. Wir kommen also zu dem Ergebnis: ein Angriff kann sowohl von schuldlos handelnden Menschen als auch von Tieren ausgehen. Beide Arten von Lebewesen haben einen natürlichen Willen, der sie zu einem selbständigen Verhalten in der Außenwelt befähigt, und mehr ist für den Begriff des Angriffs nicht zu verlangen.

Ob der von ihnen ausgehende Angriff überdies ein rechtswidriger sein kann, ist eine zweite Frage, deren Beantwortung im folgenden versucht werden soll.

Die Rechtswidrigkeit des Angriffs.

Während die Möglichkeit eines Angriffs durch schuldlose Menschen und Tiere in der Lehre überwiegend anerkannt, ja teilweise sogar als selbstverständlich vorausgesetzt wird[1]), gehört die Frage, ob solche Angriffe auch rechtswidrig sein können, mit zu den umstrittensten unserer gesamten Rechtswissenschaft. Betrachten wir die einzelnen Lehrmeinungen.

§ 4. Rechtswidrig ist der Angriff, zu dessen Duldung der Angegriffene nicht verpflichtet ist.

Eine verbreitete Lehre bezeichnet als rechtswidrig den Angriff, zu dessen Duldung der Angegriffene nicht verpflichtet ist.[2]) Man geht dabei von der Ansicht aus, daß für die Zulassung der Notwehr nicht das Verhalten des Angreifers, sondern die Lage des Angegriffenen maßgebend sei Es komme darauf an, daß durch den Angriff Rechtsgüter des Angegriffenen bedroht werden. „Rechtswidrig bezeichnet die Richtung, nicht die Qualität des Angriffs".[3]) Man weist darauf hin, daß es für den Bedrohten ganz gleichgültig sei, welcher Art der Angriff sei, ob es sich um das Verhalten eines zurechnungsfähigen

---

[1]) Vgl. z. B. Oertmann, § 227,2a; Planck, § 227,1c; v Liszt, Grenzgebiete S. 11.

[2]) Vgl. Frank, § 53,2; Binding, Hdb., S. 47; Gerland, 2. Aufl. S. 147; Oetker. S. 23; Jesse, S. 31; v. Hippel, S. 207 N. 1; Lpz. Komm. § 53,2b; RGSt 21, 171; 27,45.

[3]) Binding, Hdb., S. 738.

oder eines unzurechnungsfähigen Menschen oder um das eines Tieres handle. Aus Billigkeitsgründen glauben die Vertreter obengenannter Lehre den Begriff des rechtswidrigen Angriffs so bestimmen zu müssen. So sagt Oetker[1]): „Es kommt nicht darauf an, ob der Angriff ein normwidriges Verhalten des Angreifers ergibt; entscheidend ist, was Strafrechtsgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft bei der Bemessung des Verteidigungsrechts unter ‚rechtswidrigem Angriff' verstehen müssen, sollen nicht die Rechtsgüter in der Stunde der Gefahr des genügenden Schutzes ermangeln". „Nicht, ob der Täter für seinen Angriff einen Vorwurf verdient, sondern, ob der Betroffene gegen derartige Angriffe geschützt werden soll, entscheidet für das Vorliegen der objektiven Rechtswidrigkeit".[2]) Eine konsequente Durchführung dieser Lehre muß also zur Zulassung von Notwehr sowohl gegen schuldlos angreifende Menschen als auch gegen Tiere führen. Und zur Zulassung der Notwehr gegen den Tierangriff meint man aus folgenden Gründen kommen zu müssen: Man hält es für unbillig, dem Angriff eines Tieres gegenüber schwächere Abwehrbefugnisse zu gewähren als gegenüber dem eines Menschen. Letzteren könnte ich abwehren, ohne daß eine gewisse Proportionalität zwischen bedrohtem und zu verletzendem Rechtsgut bestehen müßte, ersteren nur dann, wenn diese Verhältnismäßigkeit gegeben wäre. Den teuren Rassehund, der mir meinen Sonntagsbraten holen wollte, müßte ich gewähren lassen, einen Menschen könnte ich im gleichen Falle, wenn ich sonst den Braten einbüßen müßte, niederschießen.[3]) Allein uns erscheint es durchaus nicht unbillig, wenn man einen solch wertvollen Gegenstand um eines geringwertigen willen, für den man außerdem meistens Ersatz verlangen kann, nicht vernichten darf. Womit ließe sich wohl eine solch widersinnige Maßnahme rechtfertigen? Kann ich im gleichen Fall einen zurechnungsfähigen Menschen nur durch Verletzung oder gar Tötung von seinem Vorhaben abbringen, so widerspricht eine solch harte Maßnahme keineswegs unserem Rechtsgefühl; wir haben gar keine Ursache, den Rechtsbrecher schonend zu behandeln. Sollte aber im gleichen Falle auch die Verletzung eines schuldlos handelnden Menschen nach dem Gesetz zulässig sein, was wir nicht annehmen, so wäre das zweifellos unbillig, aber noch lange kein Grund, zu dieser Unbilligkeit eine weitere hinzuzufügen, wie dies der Fall wäre, wenn man auch gegenüber dem Tierangriff Notwehr zuließe.

[1]) S. 24.
[2]) v. Hippel, S. 187/88.
[3]) Oetker, S. 24; im Anschluß an v. Liszt, Deliktsobligationen, S 87.

Oetker[1]) meint dann weiter, daß wenn man gegenüber dem Tierangriff keine Notwehr üben dürfe, also nur die Befugnisse des § 228 BGB habe, man sich und andere dann gegen den Angriff eines jagdbaren, also nicht fremden Tieres nur im Umfang des § 54 StGB schützen könnte.[2]) Allein dieses Argument schlägt nicht durch. Zugegeben, daß man nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes unter einer fremden Sache nur eine im Eigentum eines Andern, nicht also auch eine herrenlose, verstehen muß. Dann muß aber hier, wenn irgendwo, das argumentum a maiore ad minorem zulässig sein. Wenn mir die Abwehrbefugnisse des § 228 BGB gegen eine in fremdem Eigentum stehende Sache zustehen, dann muß ich sie erst recht gegenüber einer herrenlosen Sache haben.

Schließlich führt Oetker[3]) noch an, daß die Notstandshandlung gemäß § 228 BGB nur in Ermangelung anderer Mittel, der Gefahr zu entgehen, zulässig sei. Es wäre aber eine starke Zumutung, wenn man vor einem Hunde, den man mit einem Stockschlag abwehren könnte, Reißaus nehmen müßte. Dazu ist zu sagen: Das Problem, ob die Möglichkeit der Flucht das Verteidigungsrecht ausschließt, erhebt sich bei der Notwehr genau so; und dann ist es auch meistens ganz unmöglich, dem Angriff eines Hundes dadurch auszuweichen, daß man die Flucht ergreift; es wird vielmehr dadurch die Gefahr meistens gerade noch erhöht.

Es zeigt sich also, daß, was den Tierangriff anbelangt, Forderungen der Billigkeit keineswegs zur Aufstellung des obengenannten Begriffes des rechtswidrigen Angriffs zwingen. Da darauf aber die ganze Lehre aufgebaut ist, so würde dies schon genügen, um sie zu Fall zu bringen. Sie ist aber auch in sonstiger Hinsicht verfehlt. Zunächst ist die Definition „rechtswidrig ist ein Angriff, zu dessen Duldung der Angegriffene nicht verpflichtet ist“ völlig nichtssagend. Es erhebt sich sofort die Frage: welchen Angriff brauche ich mir denn nicht gefallen zu lassen? Man erhält dann meistens die Antwort: zu dulden brauche ich den Angriff nicht, zu dessen Vornahme der Angreifende kein Recht hat, zu dessen Vornahme er nicht berechtigt ist.[4]) Dies kann nun einerseits bedeuten: der Angriff ist dann nicht rechtswidrig, wenn der Angreifende zu seiner Vornahme

[1]) S. 24.
[2]) So auch Binding, Grundr., S. 190.
[3]) S. 25.
[4]) Oetker, S. 23; Wachenfeld S. 117f.

ein subjektives Recht hat.[1]) Doch das würde zu seltsamen Ergebnissen führen: der Tierangriff wäre dann wohl rechtswidrig; denn das Tier kann kein subjektives Recht haben, weil es nicht rechtsfähig ist; ich könnte also gegen Tiere Notwehr üben, aber auch gegen den Polizeibeamten, der mich festnehmen will; denn seine Diensthandlung kann man doch nicht als Ausübung eines subjektiven Rechts bezeichnen.

Oder aber man sagt: der Angriff ist rechtswidrig, wenn der Angreifer nicht zu seiner Vornahme befugt ist, d. h. wenn er ihm verboten ist. Dann kommen wir aber gleich zu der weiteren Frage: ist dem Unzurechnungsfähigen, ist dem Tier der Angriff verboten? Kann ihnen die Rechtsordnung etwas verbieten? Damit sind wir aber mitten in der Streitfrage, ob es ein objektives Unrecht gibt; eine Frage, deren Behandlung einem späteren Paragraphen zu überlassen ist. Wir kommen also mit der obengenannten Definition höchstens zu einer Umschreibung, nicht aber zu einer Lösung des Problems.

Ein weiteres Bedenken gegen die genannte Lehre muß aber u. E. sie zu Fall bringen. Wir haben bereits gesehen, daß wenn man unter einem rechtswidrigen Angriff einen solchen versteht, zu dessen Duldung man nicht verpflichtet ist, daraus mit Notwendigkeit folgt, daß gegen jeden Tierangriff Notwehr zuläßig ist, selbst wenn das von dem Tier bedrohte Rechtsgut ganz geringwertig ist. Diese Folgerung wird allerdings nicht von allen Vertretern der genannten Lehre gezogen. So sagt das Reichsgericht, das in einer früheren Entscheidung[2]) noch bemerkt hat, daß Rechtswidrigkeit überall da gegeben sei, wo nicht der Angegriffene verpflichtet sei, den Angriff zu dulden, in einer späteren Entscheidung[3]): „Die Streitfrage, ob Angriffe durch Tiere als rechtswidrig im Sinne von § 53 STGB angesehen werden können, ist durch das BGB erledigt, weil hier der Notwehr gegen rechtswidrige Angriffe die Abwehr der Gefahr durch Sachen (wozu auch Tiere gehören) begrifflich gegenübergestellt ist.“ Und Gerland, der noch in der 1. Auflage seines Lehrbuches[4]) gesagt hat, wer Notwehr gegen Wahnsinnige zulasse, nicht aber gegen Tiere, handle inkonsequent, gibt diese Ansicht in der 2. Auflage[5]) mit Rücksicht auf § 228 BGB auf. U. E. ist § 228 BGB in der Tat ein durchschlagender

[1]) So Oetker, JW. 1926, 1145.
[2]) RGST 21,171;
[3]) RGST 34,296; vgl. auch RG JW 1926,1145, Nr. 2.
[4]) S. 113, N. 3.
[5]) S. 147, N. 4.

Beweis gegen die Lehre „rechtswidrig ist der Angriff, zu dessen Duldung man nicht verpflichtet ist".

§ 228 BGB bestimmt nämlich: „Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich, wenn die Beschädigung oder Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht". Sache im Sinne des Gesetzes ist aber, wie nicht zu bestreiten ist, auch das Tier. § 228 BGB bedeutet also für die rechtliche Behandlung des Tierangriffs: Greift mich ein Tier an und verletze oder töte ich es, so ist die Verletzung oder Tötung dann nicht rechtswidrig, wenn der dem Tier zugefügte Schaden nicht außer Verhältnis zu dem durch seinen Angriff drohenden steht. Ist diese Verhältnismäßigkeit nicht vorhanden, so handelt der Angegriffene rechtswidrig. Da nun bei Zugrundelegung oben genannter Definition gegen Tiere Notwehr zulässig sein müßte, so kämen wir, wenn die in § 228 BGB geforderte Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt wäre, zu dem seltsamen Ergebnis: die Abwehr ist nicht rechtswidrig, da sich der Angegriffene ja in Notwehr befand, sie ist aber doch rechtswidrig, weil § 228 BGB es so bestimmt. Ein widersinnigeres Ergebnis läßt sich wohl kaum vorstellen.

Man hat nun versucht, dem § 228 BGB eine Bedeutung zu unterschieben, der zufolge man den genannten Konsequenzen ausweichen zu können glaubt. Binding[1]) meint: „daß die Beschädigung fremder Sachen nie als Notwehr aufgefaßt werden dürfe, sagt § 228 nicht; er spricht nur von dem Falle, wo Notwehr nicht vorliegt." Binding will damit wohl sagen, daß § 228 BGB nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn sich die von einer fremden Sache drohende Gefahr nicht gerade als ein Angriff darstellt. Allein man kann doch wohl schwerlich annehmen, daß der Gesetzgeber bei der Aufstellung der Gesetzesbestimmungen gerade an die Ausnahmen gedacht hat und die Mehrzahl der Fälle, die dem Wortlaut und dem Sinn gemäß unter § 228 fallen, was doch bei dem Tierangriff der Fall ist, ausgenommen wissen wollte.

Binding[2]) sagt dann weiter: „§ 53 StGB will feststellen, wann wegen Notwehr Straflosigkeit einzutreten habe, und darüber entscheidet das Strafgesetz allein ohne jede Konkurrenz

---

[1]) Grundriß, S. 190.
[2]) a. a. O., S. 190.

des BGB".[1]) Dem müssen wir energisch widersprechen. Gewiß will § 228 zunächst entscheiden, ob die Beschädigung einer gefahrdrohenden Sache zum Schadensersatz verpflichtet. Er nennt aber eine Sachbeschädigung, bei der die Proportionalität nicht gewahrt ist, rechtswidrig. Eine solche Handlung ist also verboten, und zwar ganz allgemein, nicht etwa nur zivilrechtlich. Der Gesetzgeber sagt nicht etwa: diese Handlung darfst du zivilrechtlich gesehen nicht begehen, strafrechtlich gesehen dagegen sehr wohl. Es gibt keine besondere zivilrechtliche oder strafrechtliche Rechtswidrigkeit, wie Kitzinger[2]), v. Bar[3]) und hier wohl auch Binding annehmen.[4]) Eine Handlung ist entweder verboten oder nicht verboten. Es ist möglich, daß sie nur strafrechtliche oder nur zivilrechtliche Folgen nach sich zieht. Verboten ist sie aber in dem einen wie in dem anderen Fall. Da nun die Beschädigung einer fremden angreifenden Sache, wenn die Proportionalität nicht gewahrt ist, gemäß § 228 rechtswidrig ist, eine rechtswidrige Handlung sich aber niemals als Notwehr darstellen kann, da die Notwehr ja gerade rechtmäßig ist, so ist es unmöglich, bei der Abwehr eines Tierangriffs von Notwehr zu reden.

Daß die Bestimmungen des BGB sehr wohl auf das Strafrecht Einfluß haben können, kann doch nicht bestritten werden. Beide Gesetze sind von demselben Gesetzgeber erlassen und da das BGB das jüngere Gesetz ist, so sind seine Vorschriften auch für das Strafrecht von Bedeutung, soweit eine über den Rahmen seines eigentlichen Machtbereichs hinausgehende Wirkung vom Gesetzgeber beabsichtigt ist. Und daß in § 228 nicht nur die Frage nach der Verpflichtung zum Schadensersatz geregelt werden sollte, sondern ganz allgemein festgestellt werden sollte, wann eine Einwirkung auf eine gefahrdrohende Sache erlaubt oder verboten ist, geht daraus hervor, daß § 228, Satz 1 auch bei verschuldeter Gefahr Anwendung findet, obwohl dann eine Schadensersatzpflicht des Bedrohten gegeben ist.

Oetker[5]) läßt den Tierangriff sowohl unter § 227 als auch unter § 228 BGB fallen. Die Abwehr stellt sich als Notwehr dar, es ist also keine Proportionalität erforderlich. Sie fällt aber auch unter § 228 und zwar insofern, als bei

---

1) hnlich auch v. Bar, S. 192, der d. § 228 nur zivilrechtl. Bedeutung beimißt.
2) S. 17;
3) S. 6f.
4) So mit Recht auch Mezger, S. 181.
5) S. 11.

verschuldetem Tierangriff der Verletzer schadensersatzpflichtig ist. Das bedeutet also, daß für die meisten Fälle des § 228 nur dessen 2. Satz gilt. Es wäre merkwürdig, wenn der Gesetzgeber den ganzen § 228 BGB nur geschaffen hätte, um eine Ersatzpflicht bei verschuldeter Gefahr festzulegen und noch merkwürdiger, wenn er das dann nur für den Tierangriff, nicht aber für den schuldlosen menschlichen Angriff bestimmt hätte. Die Darlegungen Oetkers können deshalb keineswegs überzeugen.

Wir glauben, mit unseren Ausführungen bewiesen zu haben, daß die Begriffsbestimmung des rechtswidrigen Angriffs als eines solchen, zu dessen Duldung der Angegriffene nicht verpflichtet ist, nicht richtig sein kann.

§ 5. Rechtswidrig ist der Angriff, der im Widerspruch zu den Bestimmungen der Rechtsordnung steht.

Eine sowohl im Strafrecht als auch im Zivilrecht verbreitete Lehre[1]) bezeichnet als rechtswidrig den Angriff, der mit den Bestimmungen der Rechtsordnung objektiv im Widerspruch steht. Im Gegensatz zu der im vorigen Paragraphen dargestellten Lehre bestimmt diese Lehre den Begriff des rechtswidrigen Angriffs nicht vom Standpunkt des Angegriffenen aus, sondern von dem des Angreifers. Die Rechtswidrigkeit stellt sich also als eine Eigenschaft der vom Angreifer vorgenommenen Handlung dar. Die Rechtsordnung selbst urteilt: Diese Handlung, so wie du Angreifer sie vorgenommen hast, widerstrebt meinen Normen; ich mißbillige sie. Die Vorschriften des objektiven Rechts stellen sich also als Bewertungsnormen dar, an denen ein bestimmtes Verhalten gemessen wird. Bewertet wird aber die Handlung als solche, rein objektiv ohne jede Rücksicht auf den Handelnden. Über diesen selbst wird kein Werturteil abgegeben, es ist also gleichgültig, ob er schuldhaft oder schuldlos handelt, ob er zurechnungsfähig oder nicht zurechnungsfähig ist. „Der Widerspruch mit der Rechtsordnung ist somit das unerläßliche, aber auch das einzige Merkmal der Rechtswidrigkeit."[2]) So sagt Mezger[3]): „Rechtswidrig handelt, wer der objektiven Norm des Rechts zuwiderhandelt", und fährt dann fort[4]): „Das Recht ist dazu da, ein äußerlich

---

[1]) Vgl. v. Liszt-Schmidt, S. 172; 184; Löffler, S. 545; Mezger, S. 162, Ogorek, S. 37; Meyer-Allfeld, S. 183; Baumgarten, S. 107.
[2]) Kitzinger, S. 15.
[3]) S. 162.
[4]) S. 164.

geordnetes Zusammenleben der Rechtsunterworfenen zu gewährleisten. Gegenstand dieses ordnenden Rechtswillens ist die Feststellung dessen, was dieser Ordnung gemäß und was ihr zuwider ist. Diese Feststellung geschieht in den Normen des Rechts, die sich damit als objektive Bewertungsnormen erweisen, als Urteile über bestimmte Geschehnisse und Zustände vom Standpunkt des Rechts aus." Und von Liszt[1]) meint: „Insofern (nämlich als Bewertungsnorm) stellt sich das Recht als ein abstrakter Wertmaßstab dar, dessen Anwendungsmöglichkeit ganz unabhängig ist von der Art, wie das zu bewertende Objekt zustande gekommen ist."

Es fragt sich nun, was denn an den Bewertungsnormen des Rechts gemessen werden kann.

Mezger[2]) führt dazu aus: „Gegenstand dieser rechtlichen Bewertung kann alles sein: das Verhalten handlungsfähiger und handlungsunfähiger, schuldfähiger und schuldunfähiger Menschen, das Verhalten anderer Lebewesen, Ereignisse und Zustände der Umwelt, die nicht von Lebewesen ausgehen, wenn auch selbstverständlich immer bezogen auf menschliches Zusammenleben: es gibt auch rechtmäßige und rechtswidrige Zustände." Mezger muß demnach Notwehr gegen Tiere zulassen; denn diese können ja angreifen, und ihr Verhalten kann an den Normen der Rechtsordnung gemessen werden, also rechtswidrig sein. Diese Folgerung zieht Mezger auch. Er meint[3]): „Daß Tiere im bürgerlich rechtlichen Sinn Sachen sind und deshalb dem § 228 BGB unterfallen, ändert daran nichts; es ist durchaus möglich, daß mehrere rechtliche Gesichtspunkte (§ 228 BGB u. § 53 STGB) unrechtausschließend konkurrieren. Mezger läßt dann den § 53 STGB als den weitergehenden Rechtsbehelf vorgehen.[4]) Wir haben oben schon dargelegt, daß infolge des § 228 BGB Notwehr gegen Tiere begrifflich unmöglich ist und können uns Mezger gegenüber auf das im vorigen Paragraphen Ausgeführte berufen.

Im allgemeinen kommen aber die Vertreter der hier genannten Theorie vom objektiven Unrecht nicht zu dem von Mezger erzielten Ergebnis. Man sieht als objektiv widerrechtlich nur die menschliche Handlung an. Notwehr ist demnach nicht zulässig gegen Tiere, wohl aber gegen jeden Menschen, gleichgültig, ob er zurechnungsfähig oder unzurechnungsfähig ist,

---

[1]) S. 172, N. 2.
[2]) S. 164.
[3]) S. 234.
[4]) S. 234, N. 7,

ob er schuldlos oder schuldhaft handelt.[1]) Von Liszt[2]) führt dazu aus: „Alle Sollensgesetze — mögen sie dem Bereich des Rechts, der Sitte oder der Sittlichkeit angehören — sind nur denkbar als Gemeinschaftsfunktionen. Eine Gemeinschaft ohne Norm ist so wenig vorstellbar wie eine Norm ohne Gemeinschaft. Eine Gemeinschaft besteht aber nur unter Menschen. Mit Tieren und Naturerscheinungen aber verbindet uns keine Gemeinschaft. Demgemäß sind auch nur menschliche Handlungen, niemals Naturerscheinungen, Gegenstand einer Normenwertung. Gemeinschaft und Norm, Staat und Gesetz vereinigen sich in ihrer Gegenstandsbezogenheit auf die menschliche Handlung." Und weiter[3]): „Nur auf menschliche Handlungen bezieht die Gemeinschaftsordnung das Werturteil ‚rechtmäßig' oder 'rechtswidrig'. Tierangriffe zum Gegenstand rechtlicher Wertung zu machen, heißt das Wesen des Rechts verkennen."

Versuchen wir uns klar zu machen, wie wir uns das uns hier als so selbstverständlich vorgesetzte Werturteil der Rechtsordnung vorzustellen haben. Es kann dies zweierlei bedeuten: entweder erklärt die Rechtsordnung eine bestimmte Veränderung in der Außenwelt als schädlich für die menschlichen Interessen, oder aber sie mißbilligt eine bestimmte menschliche Handlung. Geben wir der ersten Deutung den Vorzug, so können wir nicht umhin, mit Mezger auch Naturereignisse als rechtswidrig zu bezeichnen; denn es ist ja ganz offensichtlich, daß die Interessenwidrigkeit ganz die gleiche ist, ob nun die Verletzung der Rechtsgüter durch Menschen, durch Tiere oder durch Naturereignisse erfolgt. Cosack[4]) hat daher von seinem Standpunkt aus ganz recht, wenn er die Behauptung, die Rechtsgebote wendeten sich nur an Menschen, als aus einem Begriffshimmel stammend bezeichnet. Allein wir fragen uns: was soll es für einen Zweck haben, wenn die Rechtsordnung sagt: diese oder jene Handlung, dieses oder jenes Ereignis schädigt menschliche Interessen, es ist mir nicht recht, daß eine solche Veränderung in der Außenwelt eintritt? Um die Nützlichkeit oder Schädlichkeit eines Ereignisses festzustellen, brauchen wir doch kein Gesetzbuch, dazu sind wir doch auch so in der Lage.

---

[1]) Vgl. Schleifenbaum, S. 43; Hölder, § 227,1; Meyer-Alfeld, S. 183; Oertmann, § 227a; Staudinger, § 227b; RGRK, § 227,3; Planck, § 227,1c; Warneyer, § 227,1.
[2]) v. Liszt-Schmidt, S. 171, N. 2.
[3]) v. Liszt, a. a. O. S. 172 N. 2.
[4]) S. 314.

Das Unwerturteil der Rechtsordnung kann zweitens bedeuten: ein bestimmtes Verhalten wird mißbilligt. Die Rechtsordnung sagt dann nicht: diese oder jene Veränderung in der Außenwelt ist mir nicht recht, sondern diese Handlung, die zu diesem Erfolg geführt hat, verurteile ich. Und ein solches Unwerturteil, darin gehen wir mit v. Liszt vollkommen einig, kann nur über eine menschliche Handlung gefällt werden. Einem Tier aus seinem Verhalten einen Vorwurf zu machen, ist vollkommen sinnlos. Ist es aber vielleicht weniger sinnlos, einen solchen Vorwurf einem Kinde oder einem Geisteskranken zu machen? Ein Vorwurf ist doch nur da berechtigt, wo der Getadelte anders hätte handeln können. Wir können nicht einsehen, wo in dieser Beziehung der Unterschied zwischen einem Geisteskranken und einem Tiere liegt. Und wenn Baumgarten[1]) schreibt: „Es wird jeder begreifen, daß wenn es sich um einen Rechtsbefehl handelt, das Recht sich in allgemeinen Satzungen an alle die wendet, deren Handeln mit dem Inhalt des Befehls in Einklang zu setzen, für die Gesamtheit von Interesse ist," so müssen wir uns leider zu denen zählen, die das nicht begreifen; denn warum sollte sich das Recht an jemanden wenden, der seine Befehle gar nicht verstehen kann?

Bei der ganzen Theorie vom sogenannten objektiven Unrecht scheint es uns sich um eine Verwechselung von Rechtsverletzung und Rechtsgüterverletzung zu handeln. Rechtsgüter können naturgemäß auch von Unzurechnungsfähigen verletzt werden, ebenso aber auch von Tieren und durch Naturereignisse.

Wie sehr die sogenannte objektive Theorie nicht ohne subjektive Elemente auskommen kann, ja, daß die Unterscheidung zwischen Unwerturteil über die Tat und über den Täter, nicht haltbar ist, sehen wir bei Fischer, einem energischen Vertreter der objektiven Theorie. Fischer[2]) sagt nämlich: „Der objektiven Rechtswidrigkeit, d. h. der äußeren Tatsache, daß dem Rechte zuwider gehandelt ist, haftet für die rechtliche Beurteilung die Eigenschaft, mißbilligt zu werden, ein Vorwurfselement an". Was das noch mit objektivem Unrecht zu tun hat, ist uns nicht erfindlich.

Wir haben gesehen, daß die hier dargestellte Lehre über das Wesen des rechtswidrigen Angriffs, was ihre rechtliche Begründung anbelangt, nicht auf allzu festen Füßen steht. Wir wollen nun noch sehen, aus welchen praktischen Gründen sie verfochten wird.

---

[1]) S. 110.
[2]) S. 139.

„Daß man den Begriff der objektiven Rechtswidrigkeit bekämpfen kann, ist Nebensache, Hauptsache, daß man ihn nicht bekämpfen darf.“[1])

Schleifenbaum[2]) hält den Begriff der objektiven Rechtswidrigkeit in mehrfacher Hinsicht für wertvoll, insbesondere in systematisch-konstruktiver Beziehung im Hinblick auf den Aufbau des allgemeinen Tatbestandes des Verbrechens und des bürgerlichen Delikts. Nur dadurch sei es möglich, von Gründen des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit einerseits und von Schuldausschließungsgründen andererseits zu sprechen. Wir wollen zugeben, daß es angängig ist, in dieser Beziehung ein bestimmtes menschliches Verhalten ohne Rücksicht auf die Zurechenbarkeit dieses Verhaltens für den Täter als normwidrig zu bezeichnen; wir bestreiten aber, daß dieser Begriff, den man aus systematisch-konstruktiven Gründen nicht entbehren zu können glaubt, maßgebend sein soll für die Auslegung des Merkmals ‚rechtswidriger Angriff‘ in § 53 STGB bezw. in § 227 BGB.

Daß man für die Zulassung der Notwehr einen schuldlosen Angriff genügen läßt, beruht im übrigen auf der praktischen Erwägung, daß der Angegriffene sonst nicht genug geschützt sei. Die schweren Unbilligkeiten, die die Lehre vom objektiven Unrecht für den schuldlosen Angreifer nach sich zieht, werden entweder gar nicht gesehen, oder als notwendiges Übel mit leisem Bedauern in Kauf genommen. Wie sehr die Rücksicht auf den Angegriffenen, dem man sogar dann das Notwehrrecht gibt, wenn er selbst das Kind oder den Unzurechnungsfähigen zum Angriff gereizt hat, den Ausschlag gibt, sehen wir bei Titze. Titze[3]) bezeichnet als rechtswidrig die Handlungen, die einem Rechte zuwider laufen. „Derartige Rechte aber, die der einzelne angreifen kann, gibt es zwei: die subjektiven Privatrechte und das subjektive Recht des Staates auf Gehorsam.“ Verboten ist die rechtswidrige Handlung nach Titze[4]) aber nur dann, wenn sie einem absoluten Gebots- oder Verbotssatz zuwiderläuft, nicht soweit sie sich nur als Verletzung eines subjektiven Privatrechts darstellt. Denn: „Wo ist die Norm, die allgemein dem Schuldner den Befehl erteilt, seinen Verpflichtungen nachzukommen oder auch nur die dolose Nicht-

[1]) Mayer, S. 11.
[2]) S. 14.
[3]) S. 3.
[4]) S. 5.

erfüllung untersagte? Wir vermögen sie nirgends zu finden".[1]) (sic!) Im Gegensatz zu den subjektiven Privatrechten kann das staatliche Recht auf Gehorsam nur schuldhaft verletzt werden Das liege im Begriff des Gehorsams, meint Titze[2].) Die Lehre Titzes würde, auf unser Problem angewandt, zu seltsamen Ergebnissen führen. Greift ein Unzurechnungsfähiger mein Eigentum an, so kann ich ihn erforderlichenfalls niederschießen; denn es handelt sich hier um einen Angriff auf ein subjektives Privatrecht; hat er es dagegen auf mein Leben abgesehen, so stehe ich dem Angriff schutzlos gegenüber; denn das Leben ist ja kein subjektives Recht. Titze[3]) meint nun sehr richtig, ein solches Ergebnis könne unmöglich dem Willen des Gesetzes entsprechen und legt daher dem Wort ‚rechtswidrig' bei der Notwehr die Bedeutung ‚nicht rechtmäßig' bei. Nicht rechtmäßig ist aber nach Titze alles, was nicht Ausfluß eines subjektiven Rechts ist.[4]) Wir sind nun der Ansicht, daß eine Lehre, die bei einem der wichtigsten Anwendungsfälle versagt, nicht allzuviel wert ist, zumal wir mit Hold v. Ferneck der Meinung sind, daß gar kein Grund besteht, zu fürchten, daß man zu unannehmbaren Ergebnissen gelangt, wenn man logisch richtig vorgeht.[5])

Zusammenfassend ist folgendes zu sagen: Der in diesem Paragraphen dargestellten Lehre, daß von schuldlos handelnden Menschen ein rechtswidriger Angriff ausgehen kann, können wir uns nicht anschließen. Ihre Begründung ist nicht überzeugend, und ihre Durchführung führt zu unhaltbaren Ergebnissen. Daß der Angegriffene auch ohne Zugrundelegung dieser Lehre genügend geschützt werden kann, sollen die späteren Ausführungen erweisen. Wir werden uns aber auch im folgenden noch mit der Lehre vom objektiven Unrecht zu befassen haben, da die Theorie vom nur schuldhaften Unrecht vielfach mit der Behauptung angegriffen wird, das Gesetz kenne ein nur objektives Unrecht.

§ 6. Rechtswidrig ist nur der schuldhafte Angriff.

Die Lehre, daß nur der schuldhafte Angriff als rechtswidrig bezeichnet werden kann, ist nicht sehr verbreitet, obwohl sie durch ihren Hauptvertreter, Freiherrn Alexander Hold von

---

1) S. 5, N. 17.
2) S. 6.
3) S. 82.
4) S. 3.
5) Hold v. Ferneck I S. 54.

Ferneck, eine geradezu hervorragende Begründung erfahren hat.[1]) Allein außer Hold von Ferneck und Adolf Merkel begnügt man sich im allgemeinen mit rein praktischen Erwägungen, wie das bei den Vertretern der übrigen Theorien meistens auch der Fall ist. So sagt Kohler[2]): „Ist Notwehr Verteidigung der Friedensordnung gegen das Widerrecht, so kann sie nicht gegen die Unvernunft stattfinden, sondern nur gegen den vernünftigen menschlichen Willen, bei welchem von Recht und Widerrecht die Rede ist. Es gibt keine Notwehr gegen Naturkräfte; es gibt aber auch keine Notwehr gegen einen Wahnsinnigen, soweit ihm das Bewußtsein und infolgedessen die Verantwortung fehlt; ohne Verantwortung kein Widerrecht." Wie Kohler sieht auch Coenders[3]) das Wesen der Notwehr in dem Kampfe des Rechts gegen das Unrecht. Infolgedessen rechtfertige sich die schrankenlose Abwehr nur gegenüber dem böswilligen Angreifer. Coenders meint, die Zulassung schrankenloser Notwehr gegenüber schuldlos Angreifenden könne höchstens einer Kannibalenmoral entsprechen. „Es ist eine Unmöglichkeit, die schuldlosen Lebewesen nach Art der gegnerischen Lehre als Gefahrträger in der Gunst der Gesetzgebung hinter die seelenlosen Sachen zurückzusetzen." Mit derselben Begründuug und in demselben Sinne wie Coenders entscheiden im Anschluß an diesen Barth[4]) und Weimar[5]). Und Graf zu Dohna[6]) sagt: „Die Rechtmäßigkeit der Notwehr beruht auf der Rechtswidrigkeit des Angriffs. Die Staatsgewalt überträgt dem Bürger die eigenmächtige Abwehr des Unrechts für den Fall, daß der Staatsschutz zu spät kommt. Nicht also die drohende Gefahr, sondern das angedrohte Unrecht ist Quelle des Notwehrrechts". Darum sei nur der böswillige Angriff ein rechtswidriger im Sinne von § 53 StGB; und an einer anderen Stelle[7]) nennt Graf zu Dohna die Zulassung maßloser Abwehr von unverschuldeten Angriffen eine Verhöhnung der Kultur. Die genannten Schriftsteller bestimmen also den Begriff des rechtswidrigen Angriffs mit Rücksicht auf den Zweck der Notwehr, und dieser Zweck ist eben der Kampf des Rechtes gegen das Unrecht. Unter diesem Gesichtspunkt ist das Ergebnis

---

[1]) Hold v. Ferneck, „Die Rechtswidrigkeit", Bd. 1.
[2]) S. 207,II.
[3]) S. 891.
[4]) S. 21ff.
[5]) S. 54.
[6]) „Rechtswidrigkeit", S. 130.
[7]) Graf zu Dohna, „Die legislative Behandlung . . ." S. 125ff.

durchaus richtig. Es ist geradezu erstaunlich, daß Vertreter der objektiven Theorie ihre unbilligen Ergebnisse mit dem Schlagwort: Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen, rechtfertigen zu können glauben. Demgegenüber ruft Hold von Ferneck mit Recht aus: „Welch erhabener Gedanke! Das Recht triumphiert im Kampfe gegen Kretins, Säuglinge und Hündchen!"[1]) Wenn Notwehr Kampf des Rechtes gegen das Unrecht ist, so kann sie nur gegenüber dem schuldhaften Angreifer zulässig sein. Allein die genannten Schriftsteller sind den Beweis dafür schuldig geblieben, daß ihre Lehre richtig ist, daß eben gerade der Kampf des Rechts gegen das Unrecht das Wesen der Notwehr ausmacht; und deshalb können wir uns ihnen vorläufig noch nicht anschließen.

Wir wenden uns nunmehr der Lehre Hold von Fernecks zu, die in den meisten Abhandlungen über die Notwehr leider viel zu oberflächlich gewürdigt wird. Hold geht von der sogenannten Imperativentheorie aus, deren Begründer Thon[2]) ist. Die Imperativentheorie sieht, wie ihr Name schon sagt, in dem gesamten Recht nichts anderes als einen Komplex von Imperativen.[3]) „Im Rechte sucht die Rechtsordnung (im Sinne von den das Recht erzeugenden Faktoren) den ihren Satzungen Unterworfenen einen Impuls zu einem bestimmten Verhalten zu geben, mag nun das gewünschte Verhalten in einem Tun oder Unterlassen bestehen. Dieser Impuls erfolgt durch Befehl bald positiven, bald negativen Inhalts. Gebote und Verbote können tatsächlich unbefolgt bleiben; allein Unterlassen und Tun ist dann dem Rechte zuwider, ist Normwidrigkeit, ist Unrecht".[4]) Und für Hold von Ferneck ist die durch diese Gebote und Verbote geschaffene Pflicht der Zentralbegriff des Rechts. „Das objektive Recht, im Gegensatz zum subjektiven gemeint, ist ein Komplex von Pflichten. Und da eine Pflicht undenkbar ist ohne den zwingenden Befehl, die Norm, ist das Recht ein Komplex von Imperativen. Der Imperativ verhält sich zur Pflicht wie der Pfeil zur Wunde. Ohne Imperativ keine Pflicht!"[5])

Gegen Thon hat Binding eingewandt, daß die Imperativentheorie des Rechts unwürdig sei. „Im Rechte lediglich Normen zu erblicken, heißt es zu einer unerträglichen Zwangs-

---

[1]) I, S. 353.
[2]) Thon, Rechtsnorm u. subjekt. Recht.
[3]) Thon, a. a. O., S. 8.
[4]) Thon, a. a. O., S. 2.
[5]) I, S. 94.

anstalt stempeln.[1]) Binding versucht dann, Rechtssätze nachzuweisen, die keine Imperative enthalten. „Wenn ein Rechtssutz sagt: Der Kaiser hat das Begnadigungsrecht, das Recht der Kriegserklärung, die deutschen Männer über 25 Jahre haben das Wahlrecht, die Wahnsinnigen sind unfähig, Rechtsgeschäfte abzuschließen, wem werden dann Pflichten auferlegt?“[2]) Binding hat ganz recht: in diesen Sätzen selbst sind keine Imperative zu erblicken. Allein sie haben auch keine selbständige Bedeutung; sie erhalten ihren praktischen Wert erst durch das Zusammentreffen mit anderen Rechtssätzen. „Wenn der Kaiser von seinem Begnadigungsrechte Gebrauch macht, dann sind die Strafvollstreckungsbehörden verpflichtet, von der Vollstreckung abzusehen,“ so würde der vollständige Rechtssatz lauten; und niemand wird bezweifeln, daß darin ein Imperativ liegt. „Wenn der Krieg durch den Kaiser erklärt ist, dann haben bestimmte Personen die Pflicht, bestimmte Handlungen vorzunehmen“. Die von Binding angeführten Rechtssätze sind also nichts als Voraussetzungen für das Inkrafttreten von Imperativen. Darin liegt ihre Bedeutung. Und wenn von Bar[3]) meint, die Imperativentheorie sei unbrauchbar für das Völkerrecht, denn es sei nicht ersichtlich, wer denn dort die Gebote und Verbote autoritativ ergehen lasse, so rührt er damit an die Frage, ob Völkerrecht überhaupt Recht ist. Wenn man das Völkerrecht als Recht anerkennt, dann muß man auch die den einzelnen Staaten auferlegten Pflichten als das Produkt von Imperativen anerkennen, gleichgültig was man als Rechtsquelle des Völkerrechts ansieht. Es ist dann durchaus angängig, zu sagen: wir haben unser Land, weil es anderen verboten ist, es zu rauben.

Wir stimmen also mit Thon und Hold von Ferneck durchaus darin überein, daß sich das gesamte Recht als ein Komplex von Imperativen darstellt.

Nun hat man gegen die Imperativentheorie ein weiteres Argument angeführt. Nach ihr erschöpft sich die Rechtsordnung darin, den einzelnen Rechtsunterworfenen Pflichten aufzuerlegen. Nun, sagt man, teilt die Rechtsordnung doch auch Gewährungen aus.[4]) Allein, was bedeutet denn diese Erteilung von Gewährungen rechtlich gesehen eigentlich? Hat es z. B. einen Zweck zu sagen: Du Rechtsunterworfener darfst diese

---

[1]) Strafrechtl. Abhandl., S. 532.
[2]) Binding, a. a. O., S. 530.
[3]) S. 11f.
[4]) Vgl. Fischer, S. 48 und Binding, a. a. O., S. 537.

oder jene Sache besitzen und damit nach Belieben verfahren? Offenbar doch nicht; denn was nützt mir jene Gewährung, wenn gleichzeitig jeder Dritte, ohne sich irgendwelchen nachteiligen Rechtsfolgen auszusetzen, auf diese Sache einwirken kann. Bedeutung erlangt die Gewährung doch erst dadurch, daß es dem andern verboten wird, in diesem Sinne zu handeln. Der an den zur Störung Bereiten ergehende Imperativ ist also das Entscheidende. „Ohne das Recht darf man sich interessenwidriger Handlungen enthalten, das Recht erhebt das Dürfen zum Müssen. Und hierdurch ganz allein schafft es für den Interessenträger ein Können. Das subjektive Recht ist für den Interessenträger nicht ein Dürfen, sondern ein Können."[1])

Das objektive Recht stellt sich also als ein Komplex von Normen, von Imperativen dar. Für unser Problem erhebt sich nun die Frage, an wen die Normen gerichtet sind; denn nur derjenige, welchem die Normen gelten, kann ihnen zuwiderhandeln, kann mithin eine rechtswidrige Handlung begehen. Hier gehen die Wege Thons und Hold von Fernecks auseinander. Nach Hold v. Ferneck gelten die Normen nur dem in concreto zurechnungsfähigen Menschen. Zweck des Rechts ist der Schutz menschlicher Interessen. Zu diesem Zweck läßt die Rechtsordnung Gebote und Verbote an die Menschen ergehen. Sie will auf diese Weise auf den Willen der Menschen einwirken, um sie zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen zu veranlassen. Denn: „Rechtliche Interessen sind ausschließlich Interessen an Handlungen oder Unterlassungen von Mitmenschen in ihrer Eigenschaft als taugliche Befehlsempfänger."[2]) „Die Normen sind an Menschen gerichtete Willenskundgebungen eines vernünftigen Befehlenden, sie üben, weil sie mit einer Sanktion versehen sind, einen psychischen Zwang auf den Menschen aus; sie entfalten eine wenigstens regelmäßige Wirksamkeit".[3]) Nun wäre es nach Hold aber sinnlos, wenn der Gesetzgeber eine solche Willensbeeinflussung bei einem Menschen versuchen wollte, der gar nicht beeinflußbar ist. Die Normen richten sich infolgedessen nicht an alle Menschen, sondern nur ‚an prinzipiell taugliche Befehlsempfänger'. Tauglicher Befehlsempfänger ist aber nur der zurechnungsfähige Mensch und auch dieser nur in einer Lage, in der er dem Befehl nachkommen kann. „Der Gesetzgeber kann nicht allen, nicht immer und

---

[1]) Hold v. Ferneck I, S. 106.
[2]) Hold v. Ferneck, a. a. O., S. 204.
[3]) Hold v. Ferneck, a. a. O., S. 198.

nicht alles befehlen".[1])

Ähnlich wie Hold v. Ferneck sagt Adolf Merkel[2]): „Die Gebote wenden sich an den Willen des zurechnungsfähigen Menschen, folglich kann von einer Verletzung solcher Gebote, d. h. von Unrecht, nur in bezug auf diesen Willen gesprochen werden." Und weiter unten[3]): „Es gibt keine Pflicht, das für den Menschen Unmögliche zu bewirken, das Unvermeidliche vorher zu sehen und zu vermeiden." „Was nicht auf den intellegibelen Willen des Menschen bezogen werden kann, ist Naturereignis. Wer daher seine Tätigkeit um jenes Kausalzusammenhangs willen unter den Begriff des Unrechts zieht, der wird sich der Konsequenz nicht entziehen können, auch Wind und Wetter als Subjekte des Unrechts gelten zu lassen."[4])

Die Lehre, daß sich die Normen nicht an alle Menschen richten, ist von dem Begründer der Imperativentheorie selbst heftig bekämpft worden. Thon[5]) geht davon aus, daß auch die Handlungen Unzurechnungsfähiger Rechtsfolgen nach sich ziehen können. Das ist nun zwar richtig, gibt aber keinen Anhaltspunkt dafür, daß der Unzurechnungsfähige rechtswidrig handeln kann; denn für den Handelnden schädliche Rechtsfolgen kann auch die rechtmäßige Handlung nach sich ziehen, was sich am deutlichsten im § 904 BGB zeigt. Diese Rechtsfolgen treffen aber den Unzurechnungsfähigen nicht, weil er eine an ihn ergangene Norm übertreten hat, sondern weil die Rechtsordnung einen eingetretenen Schaden aus Billigkeitsgründen den Verursacher tragen lassen will.

Thon meint dann weiter, daß das Gesetz doch überall von Pflichten der Unzurechnungsfähigen spreche. Eine Verpflichtung könne man aber unmöglich annehmen, wenn keine Norm ergangen sei. „Wäre die Norm nicht an das Kind ergangen, wie dürfte das Urteil auf den Namen des Kindes ausgestellt werden?"[6]) Allein wir müssen uns fragen, was denn diese Pflichten, von denen das Gesetz spricht, eigentlich bedeuten? Ergeht wirklich eine Norm an den Unzurechnungsfähigen, an das Kind zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen? Wir vermögen das nicht einzusehen. Die Rechtsordnung bestimmt einfach, daß aus dem Vermögen des Unzurechnungsfähigen ein bestimmter Gegenstand in das Vermögen eines anderen

[1]) Hold v. Ferneck, a. a. O., S. 199.
[2]) S. 43.
[3]) S. 44.
[4]) S. 46f.
[5]) Rechtsnorm S. 76.
[6]) Normenadressat. S. 30.

übergehen soll. Es ergeht zunächst ein Imperativ an den Vertreter, die Leistung aus dem Vermögen des Vertretenen zu bewirken. Tut der Vertreter das nicht, so wird ein Imperativ, der zu Gunsten des Unzurechnungsfähigen bestand, zurückgenommen, und dem Berechtigten steht der Zugriff in dessen Vermögen offen. Eine an den Unzurechnungsfähigen gerichtete Norm vermögen wir darin nicht zu sehen. Daß das Urteil auf den Namen des Kindes lautet, ist ganz selbstverständlich und technisch gar nicht anders möglich; denn aus seinem Vermögen und nicht aus dem des Vertreters soll ja die Leistung erbracht werden. Die Ausführungen Thons können daher nicht überzeugen. Sie würden, wenn sie richtig wären, überdies zeigen, daß seine Theorie nicht haltbar wäre, was u. E. aber nicht der Fall ist.

Fischer[1]) meint, wer Rechte haben könne, der müsse auch Pflichten haben können. Da nun die Willensunfähigen zweifellos Rechte hätten, so müßte man auch Pflichten ihrerseits anerkennen. Fischer glaubt, daß Hold von Ferneck selbst dieser Ansicht sei. Dabei unterläuft ihm aber ein grobes Mißverständnis. Hold von Ferneck sagt nämlich[2]): „Keine Pflicht ohne Recht, kein Recht ohne Pflicht!" Das bedeutet aber nach Hold, daß dem Recht auf der einen Seite eine Pflicht auf der anderen entsprechen müsse. Dem Rechte des Unzurechnungsfähigen muß also eine Pflicht gegenüberstehen, aber nicht eine solche des Unzurechnungsfähigen, sondern des andern, in dessen Verpflichtung das subjektive Recht des Unzurechnungsfähigen eben gerade besteht. Hold erkennt also keineswegs Pflichten der Unzurechnungsfähigen an. Die Ansicht Fischers, daß wer Rechte habe, auch Pflichten haben müsse, ist auch durchaus unrichtig; denn es kann wohl eine Norm an einen Dritten ergehen zugunsten eines Geisteskranken oder eines Kindes, es kann aber keine Norm an letztere ergehen; denn Zweck der Rechtsordnung ist es, einen psychischen Zwang auf den ihr Unterworfenen auszuüben. Ein solcher Zwang ist aber da unmöglich, wo eine Willensbeeinflussung nicht stattfinden kann.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die Normen der Rechtsordnung sich nur an zurechnungsfähige Menschen richten und an diese auch nur dann, wenn der Befehl im konkreten Falle wirksam sein kann.

Rechtswidrig ist also nur der schuldhafte Angriff.

---

[1]) S. 43 u. S. 26.
[2]) I S. 100; II S. 13 u. S. 17.

§ 7. Welcher Angriff ist ein schuldhafter?

Wir haben im vorigen Paragraphen gesehen, daß derjenige Angriff rechtswidrig ist, der gegen ein gesetzliches Verbot oder Gebot verstößt, und daß ein solcher Verstoß nur durch eine schuldhafte Handlung erfolgen kann. Wir müssen nun versuchen, festzustellen, wann ein Angriff als schuldhaft bezeichnet werden kann; es muß die Grenze zwischen schuldhaftem und schuldlosem Handeln festgelegt werden. Dabei ist von der gewonnenen Erkenntnis auszugehen, daß es Zweck der Rechtsordnung ist, durch Zwangsbestimmungen auf die ihr Unterworfenen einzuwirken und daß ihre Gebote nur an diejenigen ergehen, bei denen eine Willensbeeinflussung möglich ist. Die Frage aber, wer durch die Normen des Rechts motivierbar ist, ist nicht einfach zu beantworten. Es ist ganz offensichtlich, daß sich ein Satz: alle Kinder und alle Geisteskranken sind durch die Normen der Rechtsordnung nicht beeinflußbar, in dieser Allgemeinheit gar nicht aufstellen läßt. Darauf beruft sich auch Thon[1]). Er meint, weil es möglich sei, daß einzelne Geisteskranke oder Kinder durch die Normen der Rechtsordnung motivierbar seien, müßten die Normen an alle Menschen ergehen. Allein Thon übersieht, daß der Gesetzgeber gezwungen ist, zu generalisieren. Er fragt sich: welche Gruppe von Menschen ist im allgemeinen tauglicher Normenadressat? „Es kommt nicht darauf an, ob dieses Kind oder jener Geisteskranke in diesem oder jenem Falle fähig war, einen Gesetzesbefehl zu verstehen und zu befolgen, sondern grundsätzlich lediglich darauf, ob der Gesetzgeber im allgemeinen bei Kindern unter einer bestimmten Altersgrenze und bei Personen, deren Abweichung von der durchschnittlichen Geistes- und Gemütsbeschaffenheit einen gewissen Grad überschreitet, von vorneherein auf eine Wirksamkeit seiner Normen rechnen konnte.“[2]) Es ist also einerseits gleichgültig, daß unter der Gruppe der Beeinflußbaren bei dieser oder jener Person die Motivierung nicht gelingt und anderseits ebenso gleichgültig, daß sich unter der Gruppe der grundsätzlich Unbeeinflußbaren dieser oder jener befindet, der im gegebenen Fall motiviert werden kann.

Es ist nun für unser Problem schwierig, die Grenze zwischen tauglichen und untauglichen Normenadressaten festzustellen. Wir haben gesehen, daß der Notwehrbegriff für das bürgerliche Recht und das Strafrecht derselbe ist. Wir müßten

---

[1]) Normenadressat, S. 37.
[2]) Hold v. Ferneck II, S. 17.

also beide Gesetzestexte heranziehen, um festzustellen, wo die Grenze zwischen der Gruppe von Menschen, der die Imperative der Rechtsordnung gelten und der Gruppe von Menschen, der sie nicht gelten, liegt. Allein aus folgenden Gründen scheinen uns die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs ausschlaggebend zu sein: Bei den Vorschriften des BGB handelt es sich darum, festzustellen, ob ein eingetretener Schaden gewissermaßen als Zufall von dem Geschädigten getragen werden soll, oder aber ob er auf den Verursacher abgewälzt werden soll. Zum Eintritt der Schadensersatzpflicht ist dabei oft überhaupt nicht notwendig, daß der Verpflichtete motivierbar war, daß mithin eine Norm an ihn erging, wie sich klar aus § 904, § 829 und zum Teil auch aus § 827 BGB ergibt. Macht das Gesetz aber die Verpflichtung zum Schadensersatz von einem Verschulden des Verursachers abhängig, so genügt regelmäßig ein geringer Grad von Motivierbarkeit. Und das ist für die Regelung der Schadensersatzpflicht auch ganz verständlich; denn so klein auch die Schuld des Verursachers ist, der durch den Schaden Betroffene ist immer noch unschuldiger. Nun ist es ganz offensichtlich unsinnig zu sagen: das 7jährige Kind kann schadensersatzpflichig sein, also ist es durch die Normen motivierbar, und es muß Notwehr ihm gegenüber zulässig sein. Die Fähigkeit, Träger von Schadensersatzpflichten zu sein, hat mit der Fähigkeit, Subjekt eines die Notwehrlage hervorrufenden Angriffs zu sein, gar nichts zu tun.

Man wird nun einwenden: die Notwehr hat aber auch nichts mit Strafe zu tun, sie soll keine Vergeltung für den schuldhaften Angriff, den Rechtsbruch, sein, sondern Verteidigung für den Angegriffenen. Auf diesen Einwand müssen wir eingehen und uns deshalb etwas näher mit dem Wesen der Notwehr befassen.

Die Notwehr hat mit den Fällen des Notstandes gemeinsam, daß fremde Rechtsgüter zur Erhaltung eigener verletzt werden dürfen. Im übrigen sind aber die Voraussetzungen des Notstandes und die der Notwehr grundverschieden. Nach § 54 STGB ist der Eingriff in die fremde Rechtsgüterwelt nur zum Schutze von Leib und Leben möglich. §§ 228 und 904 BGB rechtfertigen nur den Eingriff in fremde Sachgüter, wenn auch zum Schutze sämtlicher eigener Interessen. Letztere Paragraphen verlangen außerdem eine gewisse Verhältnismäßigkeit zwischen drohendem und zugefügtem Schaden. Allen genannten Paragraphen ist aber das Merkmal der Subsidiarität eigen.

Alle diese Merkmale fallen bei der Notwehr weg. Sie ist zulässig zur Verteidigung eines jeden Rechtsgutes; verletzt werden kann jedes Rechtsgut des Angreifers. Verhältnismäßigkeit zwischen drohendem und zugefügtem Schaden ist nicht erforderlich. Für das Maß der Abwehr ist lediglich die Intensität des Angriffs entscheidend. Letzteres wird allerdings von einigen Schriftstellern bestritten. So meint Meißner[1]), die Notwehr dürfe dann nicht für geboten, also nicht für berechtigt, zu erachten sein, wenn ein offenbares Mißverhältnis zwischen Verteidigung und verteidigtem Rechte bestehe[2]), und Enneccerus[3]) hält es für unmöglich, daß wenn man ein fremdes Pferd nicht töten dürfe, um einen durch es drohenden geringen Schaden abzuwenden, man im gleichen Falle einen Menschen töten dürfe. Allein nach dem Gesetz ist das durchaus möglich. Es wird keine Verhältnismäßigkeit verlangt, wie sich deutlich aus einer Gegenüberstellung des § 227 mit § 228 BGB ergibt.[4]) Ferner ist das Verteidigungsrecht bei der Notwehr nicht nur subsidiär gegeben. Ich darf den Angreifer auch verletzen, wenn mir die Möglichkeit der Flucht oder der Anrufung obrigkeitlicher Hilfe offensteht.[5]) Wir fragen uns nun: warum gewährt die Rechtsordnung bei der Notwehrlage dieses schrankenlose Abwehrrecht; warum ist diese unbedingte und unumschränkte Verteidigungsmöglichkeit gegeben? Es ist nun gewiß nicht Aufgabe des Angegriffenen, den Angreifer zu strafen.[6]) Das Recht zu strafen steht nur dem Staate zu[7]). Und von Burt[8]) führt treffend aus, daß wenn Notwehr Strafe sei, bei einem Angriff auf das Eigentum der Angreifer dann ja nicht getötet werden dürfe.

Es sind mehrere Gründe, die die schrankenlose Abwehr rechtfertigen. Weimar[9]) führt zutreffend aus, daß bei der Notwehr der Angriff nicht nur auf das in concreto bedrohte Rechtsgut abzielt, sondern daß er der gesamten Persönlichkeit des Angegriffenen gilt. Deshalb braucht dieser auch um kein Haar zu weichen, deshalb braucht er auch nicht das geringste Rechtsgut dem Angreifer preiszugeben, auch wenn er es nur

---

[1]) § 227,5.
[2]) ähnlich Warneyer I, § 227,II.
[3]) Enneccerus-Nipperdey, S. 730/31.
[4]) So auch Lehmann, S. 108
[5]) vgl. RGSt 16,45 u. Coenders JW 1925, 939,8.
[6]) So in der Tat Geyer, S. 710.
[7]) So mit Recht Barth, S. 10.
[8]) von Buri, S. 462.
[9]) S. 41ff.

durch Tötung des Friedensbrechers erhalten kann. Die Not ist also bedeutend größer als beim Notstand.

Noch wichtiger ist das, was Hold v. Ferneck zur Rechtfertigung der schrankenlosen Abwehr anführt. Nach Hold ist es die Böswilligkeit des Angriffs, die das schrankenlose Notwehrrecht rechtfertigt. Der böswillige Angriff fordere zu einem Mehr als bloße Verteidung heraus, nämlich zu einem Gegenangriff. „Dieser Drang zur Vergeltung besteht in einer gesteigerten Erregung, in Rachegefühlen gegen den Angreifer, die mit der Furcht vor der Gefahr nicht zu verwechseln sind, in einer Empörung über das injuriöse Verhalten des Angreifers, der sich, mag es ihm auch nur um eine Sache zu tun sein, gegen die persönliche Freiheit und dadurch gegen die Person und ihr Selbstbestimmungsrecht wendet, kurz: der böswillige Angriff fordert zu einem Mehr als zu bloßer Verteidigung heraus."[1]) Hold von Ferneck sieht also nicht die Notwehr als Strafe an[2]); er weist aber mit Recht auf ihre Verwandschaft mit der Strafe hin, eine Verwandschaft, die eben darin besteht, daß beide sich als Reaktion des Rechts gegen das Unrecht darstellen. Die Verwandschaft mit der Strafe tritt auch darin hervor, daß beide wichtige Mittel der Generalprävention sind. „Notwehr ist wie die Strafe Vollzug der Drohung".[3]) Wir glauben sogar, daß in dieser Beziehung die Gewährung des Notwehrrechtes oft noch weit wirksamer ist als die Strafdrohung; denn derjenige, der bereit ist, das Recht zu brechen, wird bei einem Angriff auf ein verhältnismäßig geringwertiges Rechtsgut, durch das Bewußtsein, sein Leben dabei aufs Spiel zu setzen, mehr abgeschreckt werden als durch die Aussicht auf eine verhältnismäßig geringe Bestrafung.

Wir glauben durch diese Ausführungen gezeigt zu haben, daß es durchaus angängig ist, für die Frage, wem die Rechtsnormen gelten, wessen Angriff gegenüber somit Notwehr zulässig ist, die Bestimmungen des Strafgesetzbuches entscheiden zu lassen.

Wir erhalten also folgendes Ergebnis: Ein rechtswidriger Angriff kann nicht von demjenigen ausgehen, der wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder wegen Geistesschwäche unfähig ist, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln (§ 51 StGB). Ferner gelten die Normen dem nicht, dessen Bewußtsein so sehr gestört ist, daß er das Unerlaubte der Tat nicht einsehen kann oder dieser Einsicht

---

[1]) Hold v. Ferneck, II, S. 122ff.
[2]) Insofern geht daher die Polemik Barths, S. 10 ins Leere.
[3]) Hold v. Ferneck, II, S. 126.

entsprechend handeln kann (§ 51 StGB). Das sind also der sinnlos Betrunkene und der im Fieberwahn Handelnde.

Die Altersgrenze, von der ab dem Menschen die Normen der Rechtsordnung gelten, ist das vollendete 14. Lebensjahr (§ 2 JJG). Aus dem Jugendgerichtsgesetz ergibt sich aber, daß das Gesetz den Jugendlichen, d. h. den Menschen zwischen 14 und 18 Jahren, nicht allgemein als motivierbar ansieht (§ 3 JJG). Es muß in jedem Falle untersucht werden, ob der Täter die nötige Einsichtsfähigkeit und Willenskraft hatte, damit seine Strafe gerechtfertigt erscheine. Für den Angegriffenen ist es natürlich meistens ganz unmöglich, im Einzelfall festzustellen, ob diese Erfordernisse gegeben sind. Es muß daher eine bestimmte feste Grenze gezogen werden. Wir sind nun der Ansicht, daß es dem Zweck des Gesetzes entspricht, diese Grenze auf das vollendete 18. Lebensjahr festzulegen. Denn in der Mehrzahl der Fälle wird es sich bei den Angriffen Jugendlicher nicht so sehr um solche böswilliger Art als vielmehr um solche leichtsinniger Art handeln; und meistens wird auch die nötige Einsicht fehlen. Außerdem handelt es sich ja nicht darum, dem Angegriffenen jedes Abwehrrecht zu versagen, es soll ihm vielmehr nur das schrankenlose Verteidigungsrecht genommen werden.

Wir haben weiter gesehen, daß auch an den zurechnungsfähigen Menschen die Norm nicht in jeder Situation ergeht. Der Gesetzgeber will nur da motivieren, wo im gegebenen Augenblick eine Beeinflussung möglich ist. Wenn sich nun aber ein Mensch zu Unrecht angegriffen glaubt und sich zu verteidigen meint, dann kann die Rechtsordnung unmöglich eine Motivierung durch ihre Normen von ihm erwarten. Sein Angriff kann daher nicht ein rechtswidriger im Sinne des Notwehrrechts sein; und dies muß genau so gelten, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruhte. Es mag angängig sein, den fahrlässig Irrenden zu bestrafen oder ersatzpflichtig zu machen; die schrankenlose Abwehr ist ihm gegenüber nicht gerechtfertigt; denn wenn er sich einmal im Irrtum befand, dann konnte ihn die Norm nicht beeinflussen, ganz gleichgültig ob der Irrtum entschuldbar war oder nicht.

Wir fassen noch einmal zusammen: schuldlos und damit nicht rechtswidrig ist der Angriff des Geisteskranken, des im Zustande der Bewußtlosigkeit Handelnden, des Jugendlichen, des im Irrtum Handelnden und selbstverständlich der des Tieres.

§ 8. Welche Verteidigung ist gegen Angriffe von schuldlos handelnden Menschen und von Tieren zulässig?

Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, daß gegen schuldlos handelnde Menschen und gegen Tiere keine Notwehr zulässig ist. Mit diesem negativen Ergebnis dürfen wir uns jedoch nicht zufrieden geben. Wir müssen jetzt feststellen, wie man sich gegen derartige Angriffe verteidigen darf. Daß eine Verteidigung auch gegenüber dem Unzurechnungsfähigen und dem Tiere statthaft sein muß, ist klar; nur die schrankenlose Abwehr, als welche sich die Notwehrverteidigung darstellt, haben wir ausgeschlossen.

Die einfachste Lösung ergibt sich beim Tierangriff. Der Angegriffene kann, von bedeutungslosen Ausnahmen abgesehen, immer erkennen, ob er einen Menschen oder ein Tier vor sich hat. In dieser Beziehung kann er seine Entscheidung schnell treffen.

Im übrigen beurteilt sich der Tierangriff nach § 228 BGB. Das angreifende Tier ist eine gefahrdrohende Sache. Die Verteidigung ist zulässig, wie wir oben festgestelt haben, sowohl gegenüber dem in fremden Eigentum stehenden, als auch gegenüber dem herrenlosen Tier.

Gemäß § 228 darf ich das Tier verletzen oder töten, wenn die Verletzung oder Tötung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht außer Verhältnis zur Gefahr steht. Dieses Ergebnis scheint uns auch mit allen Erfordernissen der Billigkeit im Einklang zu stehen.

Es ist also in der Tat so, daß, wenn ich dadurch der Gefahr entgehen kann, ich dem Angriff des Hundes ausweichen muß. Kann ich den Hund mit einem Stockschlag abwehren, der ihn weiter nicht beschädigt, so darf ich das natürlich tun; eine solche Handlung kann mir ja gar keine Nachteile zuziehen. Was die Pflicht zum Ausweichen anbelangt, so ist dazu folgendes zu bemerken: Wie bereits oben angedeutet, ist es mir garnicht möglich, dem heftig angreifenden Tier den Rücken zu kehren; denn ich weiche damit meistens gar nicht der Gefahr aus, sondern vergrößere sie vielmehr. Kann ich aber durch meinen Rückzug der Gefahr entgehen, und damit einen wertvollen Teil des Volksvermögens erhalten, so ist das keineswegs schimpflich, sondern im Gegenteil eine durchaus vernünftige und nützliche Handlungsweise.

Erforderlich ist immer, daß der durch die Tierverletzung dem Eigentümer zugefügte Schaden nicht außer Verhältnis

zur Gefahr steht. Das Tier darf also immer dann getötet werden, wenn es sich um einen Angriff auf Leben oder Gesundheit handelt; denn letztere sind immer als wertvoller anzusehen als das kostbarste Tier. Werden Sachgüter bedroht, so ist zu verlangen, daß deren Wert nicht erheblich geringer ist als der des Tieres.

Vigelius[1]) hält seltsamerweise die Abwehr gegen den Tierangriff für einen Fall des § 904 BGB. Danach müßte umgekehrt erforderlich sein, daß der durch das Tier drohende Schaden gegenüber dem Wert des Tieres unverhältnismäßig groß sei. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Die Tötung des angreifenden Hundes stellt sich keineswegs als die Verletzung eines unbeteiligten Dritten dar. Die Beschädigung einer Sache ist als solche rechtlich ganz irrelevant; rechtlich bedeutsam wird sie erst dadurch, daß damit Interessen eines fremden Menschen verletzt werden. In dem angreifenden Hunde verletze ich also in Wirklichkeit dessen Eigentümer; und das darf ich deshalb tun, weil die fremde Sache selbst die Quelle der Gefahr ist. Ihr Eigentümer kann auf sie einwirken. Er hat es in der Hand zu verhindern, daß sein Tier fremde Rechtsgüter bedroht. Tut er das nicht, so hat er sich die Folgen selbst zuzuschreiben. Es wäre unbillig, dem Angegriffenen wegen einer solchen ihm aufgezwungenen Handlung eine Ersatzpflicht aufzuerlegen, wie das in § 904 der Fall ist. § 904 behandelt nur den Fall, daß eine fremde Sache beschädigt oder zerstört wird, obwohl sie garnicht Quelle der Gefahr ist. Hier ist eine Ersatzpflicht durchaus angebracht, denn es ist niemals billig, einen drohenden Schaden ohne jeglichen Grund auf einen gänzlich Unbeteiligten abzuwälzen.

Wir bleiben also dabei, daß der Tierangriff gemäß § 228 BGB zu behandeln ist.

Die vorliegenden Ausführungen gelten nur für den selbständigen Tierangriff. Wird das Tier von einem Menschen gehetzt, wird es demnach als Mittel eines menschlichen Angriffs benutzt, so befindet sich der Angegriffene in Notwehr und schrankenlose Abwehr ist dann zulässig, wenn sich das Tier im Eigentum des Angreifers befindet. Wie zu entscheiden ist, wenn sich das gehetzte Tier im Eigentum eines Dritten befindet, kann hier nicht untersucht werden. Es handelt sich dabei um das Problem, ob auch die Verletzung von Rechtsgütern dritter Personen durch das Notwehrrecht gedeckt ist; die Behandlung dieser Streitfrage entfällt dem Rahmen dieser Arbeit.

[1]) S. 38f.

Da das Notstandsrecht des § 228 BGB auch zugunsten eines anderen gegeben ist, so ist in der Tat die Abwehr des Tierangriffs durch § 228 BGB auf das glücklichste geregelt, und die Klagen im Schrifttum über angebliche Unbilligkeiten sind durchaus unbegründet.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, welche Verteidigung gegenüber dem Angriffe schuldlos handelnder Menschen zulässig ist. Mit Recht bemerkt von Tuhr[1]): „Gerade hier erscheint die Selbstverteidigung am Platze, da ja die Wahnsinnigen und Kinder für angerichteten Schaden nicht haften."

Es erhebt sich zunächst der Einwand, daß es dem Angegriffenen meistens gar nicht möglich ist zu unterscheiden, ob der Angreifer schuldhaft oder schuldlos handelt. Dem gegenüber meint Hold v. Ferneck[2]): „Es mag oft schwer sein, zu entscheiden, ob der Angriff vorsätzlich oder fahrlässig, ob er im Irrtum oder in unzurechenbarer Weise gesetzt wird; die Böswilligkeit des Gegners zu entdecken, dazu bedarf es wohl niemals einer psychologischen Untersuchung über die Zurechnungsfähigkeit des Angreifers. Im allgemeinen wird der Angegriffene schon aus der ganzen Sachlage entnehmen, wer ihm gegenübertritt (z. B. es ist Nacht, er ist allein mit dem Angreifer. Der Angreifer hält eine Waffe in den Händen, er kommt vorsichtig spähend daher, er schleicht sich heran, er hat ein verdächtiges Aussehen.). Die Menschen sind ja im allgemeinen nicht blind. Gewiß kann der Angegriffene manchmal im Zweifel sein, deshalb stellen die Gesetze die Grundsätze über den entschuldbaren Irrtum auf und spricht die Notwehrlehre seit jeher von Prätext und vermeintlicher Notwehr und Notwehrüberschreitung."[3])

Was die Erkennbarkeit der Schuldhaftigkeit des Angriffs anbelangt, so stimmen wir mit Hold v. Ferneck nicht überein. Ich kann wohl leicht unterscheiden, ob ich einen jugendlichen oder einen erwachsenen Menschen vor mir habe, nicht aber, ob ich einem geistig Gesunden oder Kranken, oder einem im Irrtum Handelnden gegenüberstehe. Schollmeyer[4]) meint nun, deshalb sollte sich der Angegriffene vorsichtigerweise immer als im Notstand befindlich betrachten. Dem ist jedoch energisch zu widersprechen. Das ganze Notwehrrecht würde dadurch illusorisch. Auch haben wir gesehen, daß sich das schrankenlose Ver-

---

[1]) Notstand, S. 53.
[2]) II, S. 137.
[3]) Zustimmend Baumgarten, S. 101.
[4]) S. 21f.

teidigungsrecht aus der berechtigten Empörung des in seinem Rechtsfrieden gestörten Angegriffenen über den böswilligen Rechtsbruch rechtfertigt; und eine solche innere Not ist natürlich auch dann gegeben, wenn der Angriff zwar nicht schuldhaft erfolgte, der Bedrohte die Schuldlosigkeit aber nicht erkannt hat. Eine solche Verteidigung ist zwar keine Notwehr, denn der Angriff war kein rechtswidriger; sie zieht aber für den Fall, daß der Irrtum entschuldbar war, keine Strafe und keine Ersatzpflicht nach sich[1]). War der Irrtum nicht entschuldbar, so wird Schadensersatzpflicht immer eintreten, Bestrafung kann wegen fahrlässiger Handlung erfolgen.

Allein man wird, was die Prüfungspflicht des Bedrohten betrifft, keine großen Anforderungen an diesen stellen dürfen; denn meistens kommt der Angriff ganz plötzlich über ihn, er muß sich schnell entscheiden, er kann keine langen Überlegungen anstellen. Außerdem darf der Angegriffene von der Voraussetzung ausgehen, daß der Angreifer in der Regel schuldhaft handelt; denn die Mehrzahl der Menschen ist nicht unzurechnungsfähig, und auch die Fälle des irrtümlichen Angriffs gehören nicht zur Regel. Praktisch ist das schrankenlose Verteidigungsrecht also nur dann versagt, wenn der Angegriffene die Schuldlosigkeit des Angreifers erkannt hat.

Es fragt sich nun, wie sich der Angegriffene verteidigen darf, wenn er erkannt hat, daß der Angriff kein schuldhafter und mithin kein rechtswidriger ist. Da hier eine Notwehrlage nicht vorhanden ist und auch Putativnotwehr nicht in Frage kommt, so könnte nur § 54 StGB zur direkten Anwendung kommen. Danach wäre eine Verteidigung nur möglich, wenn der Angriff auf Leib oder Leben ginge. Ich dürfte dem Kinde, das nach meinen Tieren schießt, nicht die Flinte wegnehmen, den Geisteskranken, der meine Felder verwüstet, nicht durch Einsperren unschädlich machen. Schließlich könnte ich den Geisteskranken, den ich durch ein mutwilliges, aber nicht bösgemeintes Wort zu einem Angriff auf mein Leben gereizt habe, nicht abwehren.

Nothilfe wäre nur zugunsten von Angehörigen im Sinne von § 52 II StGB möglich. Ich müßte also untätig zusehen, wie der Geisteskranke seine Wärterin vergewaltigt, wenn diese nicht zufällig mit mir verwandt wäre.

In der Tat, wenn die von uns vertretene Theorie zu solch unmöglichen Ergebnissen führte, dann müßten wir sie

---

[1]) Über Putativnotwehr vgl. von Liszt-Schmidt S. 250.

aufgeben und der Lehre vom objektiven Unrecht, so unrichtig sie auch ist, den Vorzug geben. Denn es ist tausendmal besser, daß ein schuldloser Angreifer zugunsten eines geringwertigen Rechtsgutes geopfert wird, als daß ein noch viel unschuldigerer Angegriffener einem solchen Angriff schutzloser gegenübersteht als der Gefahr durch Naturereignisse. Allein wir glauben, an Hand des Gesetzes zu einem nach beiden Richtungen hin billigen Ergebnis zu kommen, einem Ergebnis nämlich, das einerseits den schuldlosen Angreifer nicht der schrankenlosen Abwehr aussetzt, andererseits aber auch den Angegriffenen nicht schutzlos läßt. Wir meinen eine entsprechende Anwendung des § 228 BGB auf den Angriff von schuldlos handelnden Menschen.

Bei der Abfassung des Gesetzes hat man offenbar eine solche Regelung im Auge gehabt. In den Motiven[1]) heißt es: „Die Frage, ob die gegenwärtige Vorschrift (§ 228 BGB) auch auf Gefährdung durch eine ohne Willen tätig werdende Person Anwendung zu finden hat, bleibt der Entscheidung der Wissenschaft und der Praxis überlassen.“ Diese Worte der Motive sind in der Wissenschaft teils auf heftigen Widerspruch gestoßen, teils haben sie jedoch auch Anklang gefunden.

Von Liszt[2]) meint dazu: „Die Motive scheinen es also für möglich zu halten, daß man nicht nur einen aus dem Fenster stürzenden, auf dem Eise ausgleitenden oder von einem Dritten genötigten Menschen einfach unter den Begriff der „Sache“ bringen wird, sondern daß man noch weitergehend auch dem Geisteskranken oder gar dem 14jährigen, der aus völlig freiem Antriebe und in unberührter geistiger Gesundheit handelt, die Menscheneigenschaft im Sinne des Privatrechts absprechen wird. Aber ich meine, daß die Hoffnung der Motive auf eine derartig weitherzige Anwendung des Sachbegriffs denn doch recht unbegründet sein dürfte.“ Und Fischer[3]) führt aus, die Tatsache, daß ein bloß objektiv rechtswidriger Angriff der gleichen Notwehr ausgesetzt sei wie ein böswilliger Angriff, beruhe zwar auf einer öden Gleichmacherei des Gesetzes, diese sei aber immer noch viel tiefer und wissenschaftlicher fundiert als die Ansicht, man müsse den unzurechnungsfähigen Menschen dem Tiere oder der leblosen Sache gleichstellen und seinen Angriff sei es direkt oder analog unter § 228 BGB ziehen; denn der Mensch sei Subjekt und Normenadressat.

---

[1]) I,352

[2]) Deliktsobligationen, S. 88.

[3]) S. 203f.

Wie Fischer und von Liszt, so lehnt auch Ogorek[1]) eine analoge Anwendung des § 228 BGB auf Unzurechnungsfähige ab. Diese seien doch keine Sachen, und es sei auch nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber diesen wichtigen Punkt übersehen habe.

Nun ist es ganz selbstverständlich, daß schuldlos handelnde Menschen nach heutigem Recht keine Sachen sind. Das hat aber im Ernst auch niemand behauptet. Wäre dies übrigens der Fall, dann brauchten wir eine analoge Anwendung des § 228 BGB auch überhaupt nicht vorzunehmen. Ein Problem bestände dann garnicht; denn die schuldlos handelnden Menschen fielen dann direkt unter § 228 BGB. Eine solche Annahme ist aber nach unserem geltenden Recht unmöglich. Die Menschen, und zwar alle Menschen, sind keine Rechtsobjekte, sondern Rechtssubjekte Es handelt sich aber hier nicht um die Frage, ob schuldlos handelnde Menschen Sachen sind, sondern darum, ob sich nach dem Zweck und dem Sinne des § 228 BGB eine entsprechende Anwendung dieses Paragraphen auf schuldlos handelnde Menschen rechtfertigen läßt. Und das ist u. E. durchaus zu bejahen.

Die Bedeutung des § 228 BGB liegt darin, daß der durch eine fremde, d. h. nicht eigene Sache in seinem Rechtsgüterbestande bedrohte Mensch unter gewissen Voraussetzungen nicht gezwungen ist, den drohenden Schaden auf sich zu nehmen, sondern ihn abwehren und auf die Gefahrenquelle, d. i. die drohende Sache, abwälzen kann. Warum ist nun hier im Gegensatz zur Notwehr eine Güterabwägung erforderlich, warum darf die fremde Sache nur beschädigt werden, wenn der Schaden nicht außer Verhältnis zur Gefahr steht? Die Antwort lautet: Bei der Notwehr soll der böswillige Brecher des Rechtsfriedens seine verdiente Zurechtweisung erfahren. Er soll in dem Verlust seiner Rechtsgüter die gerechte Reaktion des Rechts gegen seine Unrechtshandlung verspüren. Im § 228 BGB wird dagegen die Verletzung fremder Rechtsgüter nicht deshalb gestattet, weil der Eigentümer sich als böswilliger Friedensbrecher erwiesen hat. Hier handelt es sich um eine Abwehr einer durch Zufall drohenden Gefahr. Darum soll hier eine vernünftige Abwägung der Rechtsgüter stattfinden. Die Rechtsordnung will nicht, daß durch die Abwehr eines zufällig drohenden Schadens ein noch größerer Schaden eintrete. Wie die durch Sachen drohende Gefahr so stellt sich aber auch der Angriff eines schuldlos

---

[1]) S. 39.

handelnden Menschen als Zufall dar; denn Zufall ist alles, was nicht einer bestimmten Person zugerechnet werden kann. Bei dem Angriff schuldlos handelnder Menschen handelt es sich also genau wie in § 228 BGB um die Frage, unter welchen Voraussetzungen, jemand den ihm zufällig drohenden Schaden auf einen anderen abwälzen darf[1]). In dieser Beziehung vermögen wir also keinen Unterschied zwischen der Gefahr, die durch eine Sache droht und der, die durch den Angriff eines schuldlos handelnden Menschen droht, zu sehen. Vor allen Dingen glauben wir nicht, daß in dieser Beziehung der Unterschied zwischen einem Tier und einem unzurechnungsfähigen Menschen größer ist, als der zwischen einem Tier und einer leblosen Sache. Tier und unzurechnungsfähiger Mensch zeichnen sich der leblosen Sache gegenüber dadurch aus, daß sie durch eigne Willensentschlüsse tätig werden können; gegenüber dem zurechnungsfähigen Menschen dadurch, daß ihnen beiden die Fähigkeit abgeht, das Rechtmäßige oder Unrechtmäßige ihrer Handlungen einzusehen. Fällt also der Tierangriff unter § 228 BGB, so muß auch der des schuldlosen Menschen darunter fallen.

Wenn wir die schuldlosen Menschen hier den Sachen gleichstellen, so machen wir uns ihnen gegenüber nicht einer Diffamierung schuldig, sondern erweisen ihnen damit eine Rechtswohltat[2]) Es ist in der Tat höchst lächerlich, die Unzurechnungsfähigen nicht zu Sachen „herabwürdigen" zu wollen. Es ist wohl eine besondere Ehre für sie, bei einem Angriff auf ganz geringwertige Rechtsgüter der Gefahr, getötet zu werden, ausgesetzt zu sein?

In der Wissenschaft ist denn auch verschiedentlich von der Möglichkeit einer Anwendung des § 228 BGB auf schuldlos handelnde Menschen Gebrauch gemacht worden. Für die Vertreter der Theorie vom nur subjektiven Unrecht ist das ja auch die einzige Möglichkeit, unbilligen Ergebnissen zu entgehen. Kohler[3]) sagt daher mit Recht, man müsse über den unvollkommenen Ausdruck hinaus den Gedanken des Gesetzes zur Geltung bringen, und hier käme der Wahnsinnige nicht als Willensträger, sondern als störende Sache in Betracht. In demselben Sinne entscheiden Graf zu Dohna[4]), Barth[5]) und Weimar[6]). Auch Hold von Ferneck[7]) scheint auf eine solche Lösung an-

[1]) So richtig OLG Braunschweig, Seuff. Arch. 42, S. 422 Nr. 296.
[2]) So mit Recht Weimar, S. 55.
[3]) S. 208.
[4]) Rechtswidrigkeit, S. 131;
[5]) S. 27f.
[6]) S. 56;
[7]) II, S. 115; S. 148.

zuspielen. Leider sind die Ausführungen Holds hier ziemlich wertlos. Hold zieht seltsamerweise für das geltende Recht nicht die Konsequenzen aus seiner Unrechtslehre. Er ergeht sich, was die Notwehrlehre anbelangt, in allgemeinen Erörterungen de lege ferenda, und solche Konstruktionen im luftleeren Raum sind für uns, die wir uns hier nur um eine vernünftige Auslegung des geltenden Rechtes bemühen, ohne praktische Bedeutung.

Ohne von der Theorie, daß nur der schuldhafte Angriff rechtswidrig ist, auszugehen, kommen auch Schollmeyer und Löffler zu dem von uns erzielten Ergebnis. Schollmeyer[1]) ist durchaus der Ansicht, daß es eine objektive Rechtswidrigkeit gibt, daß mithin auch der Unzurechnungsfähige rechtswidrig handeln kann. Er meint aber dann, eine solche objektive Rechtswidrigkeit sei für die Auslösung der Notwehrlage nicht genügend. Schollmeyer[2]) führt dann sehr zutreffend aus, daß wenn gegenüber dem Angriff des Unzurechnungsfähigen schrankenlose Abwehr gestattet sei, dafür nicht das Prinzip der Reaktion des Rechts gegen das Unrecht maßgebend sein könnte, sondern nur die eignen Interessen des Gefährdeten. Ein solches Interesse sei vor dem Inkrafttreten des BGB in der Tat vorhanden gewesen, nun aber durch die Schaffung des § 228 BGB weggefallen.

Wie Schollmeyer, so vertritt auch Löffler die Möglichkeit einer nur objektiven Rechtswidrigkeit. „Unrecht ist alles, was mit dem Willen der Rechtsordnung in Widerspruch steht, nicht nur ihren Geboten und Verboten, sondern auch jede Gestaltung der äußeren Verhältnisse, die ihren anerkennenden Rechtssätzen widerspricht“.[3]) Auch Naturereignisse können daher als rechtswidrig bezeichnet werden. Da sich Löffler nicht scheut, auch die von einer Sache drohende Gefahr als Angriff zu bezeichnen[4]), so müßte nach seiner Lehre schrankenlose Abwehr gegenüber jeder Gefahr zulässig sein. Diese Folgerung zieht Löffler jedoch nicht. Er nennt zwar die Verteidigung gegen den Angriff des Tieres, des Unzurechnungsfähigen, der leblosen Sache „Notwehr“, dieser Notwehr stellt er aber die Verteidigung gegen den böswilligen Angriff gegenüber, die er mit „Trutzwehr“ bezeichnet[5]) „Der friedbrecherische Angriff erstreckt sich

[1]) S. 9 u. 20.
[2]) S. 20.
[3]) S. 564.
[4]) S. 557.
[5]) S. 542, 543, 549.

auf die gesamte Persönlichkeit des Rechtsträgers; er hat eine injuriöse Bedeutung"[1].) Gegen ihn ist daher schärfste Abwehr geboten. Die übrigen Angriffe zieht Löffler unter § 228 BGB.[2]) Daß die von Löffler vertretene Unrechtslehre, die sich mit der Mezgers im wesentlichen deckt, nicht richtig ist, haben wir bereits oben dargelegt. Ihre Unrichtigkeit zeigt sich hier in voller Deutlichkeit; denn sie versagt bei ihrem wichtigsten Anwendungsfall. Das Ergebnis, das Löffler erzielt, zeigt uns aber auch, daß der Weg, den wir eingeschlagen hatten, richtig war. Wir sind auf ihm zu einem billigen und vernünftigen Ergebnis gelangt, einem Ergebnis, das Löffler so richtig erscheint, daß er sich nicht scheut, seine Lehre zu durchbrechen und den gekünstelten Begriff der „Trutzwehr" aufzustellen.

Wir fassen nun das Ergebnis unserer Arbeit bezüglich des menschlichen Angriffs zusammen. Ist der Angriff ein schuldhafter, d. h. nach unserer Auffassung ein böswilliger, so kommen § 53 STGB bezw. 227 BGB zur Anwendung. Es ist dann gleichgültig, welches Rechtsgut durch den Angriff bedroht wird. Das Maß der Abwehr richtet sich nach der Heftigkeit des Angriffs. Eine Güterabwägung findet nicht statt. Der zurechnungsfähige Mensch, der in meinem Garten Kirschen stiehlt, kann, wenn er sich durch Drohungen nicht abschrecken läßt, ohne weiteres niedergeschossen werden. Den Eingriff in meine Rechtsgüterwelt brauche ich mir von dem Friedensbrecher nicht gefallen zu lassen. Die Möglichkeit der Flucht schließt das Verteidigungsrecht nicht aus, ebenso wenig die Möglichkeit, obrigkeitliche Hilfe anzurufen; denn der Angriff erstreckt sich nicht nur auf das Rechtsgut, dessen Verletzung beabsichtigt ist, sondern auf die ganze Persönlichkeit des Angegriffenen. Wer auf diese Weise von seinem Verteidigungsrecht Gebrauch macht, der kann weder bestraft werden, noch schadensersatzpflichtig gemacht werden. Er hat nicht das Recht verletzt, sondern im Gegenteil den Staat bei seiner Aufgabe, das Verbrechen zu bekämpfen, wirksam unterstützt und somit der Allgemeinheit einen wertvollen Dienst erwiesen.

Anders ist zu entscheiden, wenn der Angriff von einem schuldlos handelnden Menschen ausgeht. Hier handelt es sich nicht darum, dem Recht im Kampfe gegen das Unrecht zum Siege zu verhelfen, sondern darum, ob der Angegriffene einen ihm zufällig drohenden Schaden auf sich nehmen muß, oder ob er ihn auf den Angreifer abwälzen darf. Das entscheidet

---

[1]) S. 544.
[2]) S. 576.

sich aber nach § 228 BGB. Danach ist zunächst zu verlangen, daß der dem Angreifer zugefügte Schaden nicht außer Verhältnis zu der durch seinen Angriff drohenden Gefahr steht. Eine Tötung oder eine Verletzung des schuldlos angreifenden Menschen ist demnach immer zulässig, wenn nur auf diese Weise eine Tötung oder Verletzung des Angegriffenen verhindert werden kann. Bei einem Angriff auf die Freiheit wird man unterscheiden müssen, ob die Freiheitsberaubung eine so wesentliche ist, daß damit auch eine Lebensgefahr verbunden ist, oder nicht. Im ersteren Falle ist eine Tötung oder Körperverletzung immer zulässig, im letzeren Falle darf die Abwehr nicht so weit gehen. Immer sind aber andere Rechtsgüter des Angreifers, wie Freiheit, Vermögen verletzbar. Einen Angriff auf die Ehre, der so heftig ist, daß die Tötung oder Verletzung des Angreifers geboten wäre, wird man sich auch im Falle der Notwehr wohl kaum vorstellen können; andere Abwehrmittel sind aber auch im Falle des § 228 BGB zulässig: denn Ehre als von der Rechtsordnung geschütztes Gut ist nur das äußere Ansehen, das eine Person in den Augen der Mitmenschen genießt, und das kann auch von einem schuldlos Handelnden verletzt werden.

Bei Angriffen auf das Vermögen muß u. E. unterschieden werden, worauf im Einzelfall die Schuldlosigkeit des Angreifers beruht. Handelt es sich um einen im Irrtum handelnden Angreifer, so darf dieser nicht getötet werden. Hier wird es allerdings dem Bedrohten meist möglich sein, den Angreifer aufzuklären. Setzt dieser den Angriff trotzdem fort, so verwandelt sich das schuldlose Verhalten in ein schuldhaftes, und schrankenlose Abwehr ist gestattet. Der Angreifer kann dann getötet werden. Der im Zustande der Bewußtlosigkeit Handelnde und das Kind dürfen nicht getötet werden. Ihr Leben ist nach heutiger Rechtsauffassung immer wertvoller als das größte Vermögensobjekt. Ist daher die Abwehr auf andere Weise als durch Tötung nicht möglich, so muß das betreffende Vermögensobjekt geopfert werden.

Wie verhält es sich nun mit dem Angriff eines Geisteskranken auf einen Vermögensgegenstand? Auch hier muß eine Tötungsbefugnis ausgeschlossen sein, wenn das Rechtsgut keinen allzu hohen Wert besitzt. Dagegen muß u. E. die Tötung erforderlichenfalls dann zulässig sein, wenn das bedrohte Vermögensobjekt besonders wertvoll ist; denn das Leben des Geisteskranken ist im allgemeinen für die Volksgemeinschaft wertlos. Ein Interesse daran können nur einzelne Volksgenossen haben, die dann auch dafür sorgen müssen, daß es keiner Gefahr

ausgesetzt ist. Wenn ich also sehe, daß ein Geisteskranker z. B. ein wertvolles Haus in Brand stecken will und ich ihn durch sonst nichts daran hindern kann, dann muß es zulässig sein, daß ich ihn niederschieße.

Die hier dargestellte Abwehrbefugnis ist aber gemäß § 228 BGB nur dann zulässig, wenn die Verletzung des Angreifers erforderlich ist, um den Schaden abzuwenden. Dieses „erforderlich" müssen wir hier im Gegensatz zum Notwehrrecht dahingehend auslegen, daß die Abwehr nur subsidiär zulässig ist; denn es handelt sich hier nicht wie bei der Notwehr um einen Angriff auf die gesamte Persönlichkeit des Bedrohten, sondern um einen durch Zufall drohenden Schaden. Es hat aber keinen Sinn, einen Schaden dadurch abzuwehren, daß ich ihn auf einen anderen abwälze, wenn er ohne Verlust von Rechtsgütern zu vermeiden ist. Es ist zuzugeben, daß der Angegriffene dadurch in eine peinliche Lage kommen kann. Es ist nicht jedermanns Sache, dem Angriff eines Menschen, sei es auch eines schuldlos Handelnden, auszuweichen Möglich ist sogar, daß ein solches Verhalten von den Mitmenschen als Feigheit gedeutet wird. Aber es muß hier gelten, was Schollmeyer[1]) sagt: „Macht ein Unzurechnungsfähiger einen Angriff, so heißt es: ‚der Klügere gibt nach', und nur wenn die Flucht oder obrigkeitliche Hilfe unmöglich wäre, hat der Angegriffene das Verteidigungsrecht." Jedoch kann dies nur für die äußersten Mittel, Tötung und Verletzung, gelten. Kann ich den Unzurechnungsfähigen sonstwie unschädlich machen, z. B. indem ich ihn binde, so darf ich das natürlich tun; denn die Unschädlichmachung liegt im Interesse der Allgemeinheit und kann daher nicht von der Rechtsordnung mißbilligt werden. Zu den den Angreifer so schwer treffenden Abwehrmitteln darf aber erst dann geschritten werden, wenn eine Möglichkeit, dem Angriff auszuweichen, nicht besteht. Ich darf also auch den Betrunkenen nicht töten, wenn ich seinem Angriff durch einen Rückzug entgehen kann. Man mag ihn wegen Volltrunkenheit bestrafen, wie das nach § 330a StGB möglich ist; es ist aber kein Grund vorhanden, ihm außer im Notfalle das Leben zu nehmen. Ein solches Zurückweichen wird auch von keinem vernünftigen Menschen als Feigheit ausgelegt werden. Ist dies doch der Fall, so wird das meistens in dem sonstigen Verhalten des Angegriffenen seine Ursache haben. Es mag eben jeder im Leben sich so verhalten, daß ein solcher Vorwurf gegen ihn

---

[1]) S. 21.

von vernünftigen Menschen überhaupt nicht erhoben werden kann.

Nothilfe darf gemäß § 228 BGB von jedermann geleistet werden.

§ 9. Schlußbemerkungen.

Wir glauben mit unseren Ausführungen bewiesen zu haben, daß das Problem, welche Verteidigung gegenüber den Angriffen von schuldlos handelnden Menschen zulässig ist, an Hand des geltenden Rechts auf durchaus vernünftige Weise gelöst werden kann.

Wir sind mit Kohler[1]) der Ansicht, daß Gesetze so auszulegen sind, daß sie eine möglichst gute und vernünftige Ordnung der Sachlage bieten. Gut und vernünftig ist für unser Problem aber die Regelung, die einerseits den Angegriffenen nicht schutzlos läßt, andererseits für den schuldlos Angreifenden keine größeren, ihn ja doch unverschuldet treffenden Nachteile zuläßt, als eben zum Schutze des Angegriffenen erforderlich sind. Und eine solche Lösung glauben wir gefunden zu haben. Wir sind durchaus nicht der Ansicht, daß wir dadurch, daß wir die schuldlos handelnden Menschen besser gestellt haben als die böswilligen Angreifer, das Recht zu einem „Tollhaus oder einer Kleinkinderbewahranstalt"[2]) gemacht haben. Es ist durchaus Aufgabe der Rechtsordnung, dafür zu sorgen, daß die jüngsten Volksgenossen und die schuldlos Irrenden nicht der schrankenlosen Vernichtung eines zu Unrecht gekränkten Mitmenschen ausgesetzt sind.

Wir stehen nicht an, die herrschende Lehre, die es gestattet, ein Kind, das Äpfel entwendet, zu erschießen, als volksschädlich zu bezeichnen. Auch gegenüber den Geisteskranken scheint uns eine schonende Abwehr durchaus dem Rechtsempfinden unseres Volkes zu entsprechen. Es kann auch nicht Zweck einer Rechtsordnung sein, eine Gefühls- oder Gesinnungsroheit der Rechtsunterworfenen zu züchten, die mit Heroismus auch nicht das geringste zu tun hat.

Wir glauben endlich, daß die wissenschaftliche Grundlage, auf der unsere Ergebnisse beruhen, tiefer und fester ist als die der herrschenden Lehre, und, was nicht das Unwesentlichste ist, daß wir uns dabei mit dem obersten Grundsatz unserer heutigen Rechtsauffassung im Einklang befinden: „Recht ist, was dem Volke nützt, Unrecht, was ihm schadet!"

---

[1]) S. 208.

[2]) So Fischer, S. 45.

Lebenslauf.

Am 29. März 1911 wurde ich in Geisenheim a. Rhein als Sohn des Oberpostassistenten Wilhelm Münch geboren. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule in Geisenheim bezog ich das staatliche Realgymnasium Geisenheim-Rüdesheim, wo ich Ostern 1930 die Reifeprüfung bestand. Ich studierte dann an den Universitäten Freiburg i. Breisgau und Marburg Rechtswissenschaft. Am 5. Mai 1934 bestand ich am Oberlandesgericht in Kassel das Referendarexamen. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 12. Dezember 1934 in Marburg ab. Zur Zeit bin ich als Referendar am Amtsgericht Rüdesheim tätig.